Allgemeines

bürgerliches Gesetzbuch

für den

Kanton Aargau.

Mit Erläuterungen und Anführung wichtiger Entscheidungen herausgegeben

von

Dr. A. Hirzel,
Bezirksgerichtsschreiber in Lenzburg.

Dritter Band:

Obligationenrecht

nebst

bezüglicher Vollziehungsverordnung und Anhang.

Aarau.
Verlag von H. R. Sauerländer & Co.

Theaterwissenschaft

Das

aargauische Obligationenrecht.

Mit

Erläuterungen und Anführung wichtiger Entscheidungen herausgegeben

von

Dr. A. Hirzel,

Bezirksgerichtsschreiber in Lenzburg.

Mit bezüglicher Vollziehungsverordnung

und

einem Anhang, enthaltend das eidgen. Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel

(vom 5. August 1852.)

Abkürzungen.

A. B. G.	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
Ges. Slg.	=	Offizielle Gesetzessammlung.
Ges. Bl.	=	Gesetzesblatt.
G. O.	=	Geldstagsordnung.
P. O.	=	Zivilprozeßordnung von 1851.
O. R.	=	Obergerichtlicher Rechenschaftsbericht.
R. R.	=	Regierungsräthlicher Rechenschaftsbericht.
s.	=	siehe.
S.	=	Seite.
Vrgl.	=	vergleiche.

Vollziehungsverordnung

zum

aargauischen Obligationenrechte.

Vom 18. März 1852.

Wir Landammann und Kleiner Rath

des Kantons Aargau

thun kund hiermit:

Nachdem der Große Rath unterm 10. März 1852 die Kundmachung und Einführung des dritten Theiles des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches beschlossen, so haben Wir, in Vollziehung dieses Beschlusses

verordnet:

§. 1. Der dritte Theil des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches:

„Von Forderungen und Verbindlichkeiten",

aus den §§. 617 — 861. bestehend, tritt mit dem 1. Heumonat 1852 in Wirksamkeit und ist von da an im ganzen Umfange des Kantons als in Kraft bestehendes Gesetz zu beachten und zu befolgen.

Jedoch die bis und mit dem 30. Brachmonat 1852 auf das Obligationenrecht bezüglichen, abgeschlossenen, d. h. vollendeten Rechtsgeschäfte haben vollkommene rechtliche Gültigkeit, wenn sie auch mit den neuen obligationenrechtlichen Vorschriften im Widerspruche stünden, sobald sie nur den vor dem 1. Heumonat 1852 in Rechtskraft bestandenen Gesetzesbestimmungen nicht zuwider laufen.

§. 2. Dieser Theil des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (§§. 617 bis 861.) soll auf übliche Weise öffentlich kund gemacht, zu diesem Ende besonders gedruckt, den Behörden und Beamteten mitgetheilt, sowie auch in der obrigkeitlichen Buchdruckerei um einen von Uns bestimmten Preis verkauft werden.

Gegeben in Aarau, den 18. März 1852.

Konkursordnung

Inhalts-Verzeichniß

mit

Allgemeines

bürgerliches Gesetzbuch

für

den Kanton Aargau.

Inhalts-Verzeichniß

zum

dritten Bande,

Obligationenrecht sammt Vollziehungsverordnung und Anhang.

Seite.

Vollziehungsverordnung zum aargauischen Obligationenrechte . . V.

Dritter Theil. Von Forderungen und Verbindlichkeiten.

Erstes Hauptstück. Von den Forderungen und Verbindlichkeiten, welche aus Verträgen entstehen.

Erster Abschnitt. Von den Verträgen überhaupt.

I. Begriff. §. 617.
II. Erfordernisse:
1. Einwilligung. §. 618.
2. Hindernisse der Einwilligung:
a. Irrthum. §. 622.
b. Zwang und Arglist. §. 624.
c. Trunkenheit. §. 625.
d. Wetten und Spiele. §. 626.
III. Gegenstand:
a. Im Allgemeinen. §. 627.
b. Wahlverhältnisse. §. 629.
IV. Form:
a. Regel. §. 632.
b. Zeugen. §. 633.
c. Mündliche Verabredungen bei schriftlichen Verträgen. §. 635.
V. Gemeinschaftlichkeit:
a. Mehrerer Vertragsverpflichteten. §. 636.
b. Mehrerer Vertragsberechtigten. §. 641.
VI. Bedingungen:
a. Erfüllung. §. 642.
b. Unerlaubte und unerfüllbare. §. 643.
VII. Zeitbestimmung. §. 644.
VIII. Ort der Erfüllung. §. 646.
IX. Auslegung. §. 647.
X. Erfüllung:
Gegenseitigkeit. §. 649.
XI. Zins:
a. Begriff. §. 651.
b. Fälle der Verzinslichkeit. §. 652.
c. Zinsfuß. §. 658.
d. Zinseszinse. §. 660.
XII. Währschaft:
a. Inhalt. §. 662.
b. Regreß. §. 663.
c. Wirkungen. §. 664.
d. Mängel des Viehes. §. 666.
Verzicht auf Einwendungen. 667.

Zweiter Abschnitt. Von dem Kaufsvertrage.

1. Begriff. §. 668.
2. Preis. §. 669.
3. Tausch. §. 670.

4. Oeffentliche Käufe. §. 671.
5. Beschränkungen:
a. Wegen Verabreichungen. §. 672.
b. Käufe beim Weine. §. 673.
c. Vorbehalte. §. 674.
6. Beginn des Nutzens und Schadens. §. 675.
7. Rücktrittsrecht des Käufers. §. 676.
8. Kauf auf Probe. §. 677.
9. Kauf auf Muster. §. 678.
10. Käufe zwischen Ehegatten. §. 680.
11. Gewähr des Maßes bei Liegenschaften. §. 681.
12. Verletzung über die Hälfte. §. 682.

Dritter Abschnitt. Von dem Bestandvertrage.
1. Begriff. §. 684.
2. Unterbestand. §. 685.
3. Verpflichtungen des Bestandgebers:
a. Uebergabe. §. 686.
b. Unterhalt. §. 687.
4. Verpflichtungen des Bestehers. §. 688.
5. Bestandzins:
a. Fälligkeit. §. 690.
b. Sicherung des Zinses. §. 691.
6. Auflösung des Vertrages:
a. durch Untergang der Sache. §. 694.
b. Durch Zeitablauf. §. 695.
c. Durch Kündigung. §. 696.
d. Besondere Rechte des Bestandgebers. §. 697.
e. Beiderseitige Berechtigung. §. 698.
f. Durch Geldstag. §. 699.

Vierter Abschnitt. Von dem Leihvertrage.
1. Begriff. §. 700.
2. Rechtsverhältnisse. §. 701.

Fünfter Abschnitt. Von dem Darleihensvertrage.
1. Begriff. §. 706.
2. Verfallzeit. §. 708.
3. Einrede des Nichtempfanges. §. 709.
4. Einrede des nicht zugezählten Geldes. §. 710.

Sechster Abschnitt. Von dem Verdingungsvertrage.
1. Begriff. §. 712.
2. Lohn. §. 713.
3. Rechtsverhältnisse. §. 714.
4. Zeitverhältnisse. §. 716.
5. Uebergabe des Werkes. §. 718.
6. Zufall. §. 719.
7. Auflösung des Vertrages. §. 721.
8. Dienstboten. §. 722.

Siebenter Abschnitt. Von dem Gesellschaftsvertrage.
1. Begriff. §. 724.
2. Gesellschaftsgut. §. 725.
3. Gegenseitige Verpflichtungen. §. 726.
4. Firmaführung. §. 729.
5. Geschäftsführer. §. 730.
6. Gewinn und Verlust. §. 732.
7. Haftungspflicht:
a. Der Gesellschaftsglieder. §. 734.
b. Des Kommanditärs. §. 735.
8. Geldstag eines Mitgliedes. §. 736.
9. Auflösung der Gesellschaft. §. 738.

Achter Abschnitt. Von dem Schenkungsvertrage.
1. Begriff. §. 744.
2. Beschränkungen. §. 745.
3. Widerruflichkeit der Schenkung. §. 749.
4. Schenkung von Todeswegen. §. 750.
5. Geldstag des Schenkers. §. 751.

Neunter Abschnitt. Von dem Aufbewahrungsvertrage.
1. Begriff. §. 752.
2. Verpflichtungen des Aufbewahrers. §. 753.

3. Verpflichtungen des Uebergebers. §. 756.

Zehnter Abschnitt. Von der Bevollmächtigung und von der Geschäftsführung ohne Auftrag.

I. Bevollmächtigungsvertrag:
1. Begriff. §. 759.
2. Stellvertretung des Bevollmächtigten. §. 760.
3. Mehrheit der Bevollmächtigten. §. 761.
4. Wirkung der Vollmacht. §. 762.
5. Verpflichtungen des Bevollmächtigten. §. 764.
6. Verpflichtungen des Vollmachtgebers. §. 766.
7. Vermuthete Vollmacht der Geschäftsführer und Angestellten. §. 767.
8. Dienstboten. §. 769.
9. Auflösung der Vollmacht. §. 770.
II. Geschäftsführung ohne Auftrag. §. 773.

Eilfter Abschnitt. Von dem Bürgschaftsvertrage.

1. Begriff. §. 776.
2. Belangbarkeit des Bürgen. §. 777.
3. Arten der Bürgschaft:
a. Bürge und Mitschuldner. §. 778.
b. Nachbürgschaft. §. 779.
c. Rückbürgschaft. §. 780.
d. Mehrheit der Bürgen. §. 781.
4. Bürgschaft auf Zeit. §. 784.
5. Aufkündung. §. 785.
6. Gegenstand. §. 786.
7. Form. §. 788.
8. Umfang. §. 789.
9. Rechte des Bürgen:
a. Auf Abtretung der Forderung. §. 791.
b. Auf Sicherstellung. §. 792.
c. Auf Ersatz abgegangener Bürgen. §. 793.
d. Auf Anweisung der Forderung. §. 794.
10. Erlöschung. §. 796.

Zweites Hauptstück. Von den Rechten und Verbindlichkeiten, welche durch Beschädigungen entstehen.

I. Begriff. §. 798.
II. Verschuldete Beschädigung:
1. Ersatzpflicht. §. 799.
2. Volle Genugthuung. §. 800.
3. Körperverletzung u. Tödtung. §. 801.
4. Verschulden Mehrerer. §. 802.
5. Mitverschulden des Beschädigten. §. 803.
II. Unverschuldete Beschädigung. §. 804.
III. Schadenszufügung:
a. In vorübergehender Sinnesverwirrung. §. 805.
b. Durch Kinder, Wahn- oder Blödsinnige. §. 807.
c. Durch Thiere. §. 808.
d. Durch Einsturz eines Gebäudes. §. 809.
e. Durch Herabfallen, Werfen oder Gießen aus einer Wohnung. §. 810.
IV. Zufall. §. 811.
V. Ausübung des eigenen Rechtes. §. 812.

Drittes Hauptstück. Von der Umänderung und von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erster Abschnitt. Von der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

I. Begriff und Eintheilung. §. 813.
II. Neuerungsvertrag. §. 814.
III. Vergleich. §. 817.
IV. Abtretung:
1. Begriff. §. 819.
2. Rechte und Pflichten des Schuldners. §. 820.
3. Währschaft des Abtreters. §. 821.
4. Eintragung in's Grundpfandbuch. §. 826.
V. Anweisung:
1. Begriff und Haft des Anweisers. §. 827.

2. Verpflichtung des angewiesenen Schuldners. §. 828.
3. Nichtannahme der Anweisung. §. 830.
4. Wirkung der Nichtbezahlung. §. 831.
VI. Haftungspflicht des Abtreters oder Anweisers. §. 832.

Zweiter Abschnitt. Von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

I. Zahlung:
1. Begriff und Folgen. §. 833.
2. Hinterlegung. §. 834.
3. Empfangschein; Herausgabe der Schuldurkunde. §. 836.
4. Vermuthete Zahlung. §. 837.
5. Zahlungsabrechnung:
a. Bei mehreren Schuldforderungen. §. 841.
b. Bei verzinslichen Forderungen. §. 842.
6. Zahlung einer Nichtschuld. §. 843.
7. Entkräftung verlorener Schuldurkunden. §. 844.
II. Abrechnung. §. 845.
III. Vereinigung. §. 846.

Viertes Hauptstück. Von der Verjährung.

1. Begriff und Arten. §. 849.
2. Ausnahmen. §. 850.
3. Erwerbende Verjährung. §. 851.
4. Erlöschende Verjährung:
a. Persönliche Rechte. §. 852.
b. Dingliche Rechte. §. 854.
5. Besondere Bestimmungen und Ausnahmen. §. 855.
6. Unterbrechung. §. 861.

Anhang

zum aargauischen Obligationenrechte.

Seite.
Eidgen. Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel, vom 5. August 1852 . . . . . 161.

Dritter Theil.

Obligationenrecht.

Dritter Theil.

Von Forderungen und Verbindlichkeiten.

Erstes Hauptstück.

Von den Forderungen und Verbindlichkeiten, welche aus Verträgen entstehen.

Erster Abschnitt.

Von den Verträgen überhaupt.

I. Begriff. §. 617. Ein Vertrag ist die erklärte Willensvereinigung Mehrerer zur Begründung rechtlicher Verhältnisse.

1. Der „Vertrag" im allgemeinen Sinne des Wortes ist nicht mit dem speziellen „Schuldvertrag (einer Obligation)" zu verwechseln. Im weitern Sinne heißt ein „Vertrag" jede Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen, wodurch sie sich über irgend einen, sie interessirenden Punkt vereinigen, vertragen. Dergleichen Verträge können auch nicht juristische Angelegenheiten betreffen und gehen uns insofern hier weiter gar nicht an; wohl aber dann, wenn sie Rechtsverhältnisse, welche dadurch entstehen, bedingt oder modificirt werden, zum Gegenstande haben. Verträge der letztern Art spielen nun allerdings sowohl im öffentlichen als im bürgerlichen Rechte eine sehr bedeutende Rolle; und es giebt eine ganze Reihe von wichtigen Rechtsgeschäften sowohl über personen-, sachen- und erbrechtliche als über obligationenrechtliche Verhältnisse, welche auf eine solche Uebereinkunft Mehrerer in der Art gebaut sind, daß sie ohne dieselbe gar nicht zu Recht bestehen. So sind z. B. das Verlöbniß, die Eingehung der Ehe selbst, die Eigenthumsübertragung, der Erbvertrag u. s. w. Alles „Verträge", ohne jedoch obligationenrechtliche „Schuldverträge" in der engern Bedeutung dieses Wortes zu sein. Aus der großen Menge der „Verträge" im weitern Sinne dieses Wortes nämlich gehören da, wo von Entstehungsgründen von Obligationen die Rede ist, nur diejenigen, bei denen die Uebereinkunft der zwei oder mehreren Personen darauf beruht, daß Einer dem Andern eine obligationsmäßige Leistung verspricht, der

Andere dieses Versprechen annimmt. „Bluntschli" bemerkt hierüber Folgendes: „Die meisten Forderungen und Schulden (d. h. Obligationen) entstehen aus freiem Willen, indem zwei Personen sich durch den Vertrag die Hände reichen und sich so miteinander verbinden. Der Schuldvertrag unterscheidet sich von andern Verträgen durch seinen Inhalt. Während z. B. der Inhalt eines Verlöbnißvertrages die Begründung eines Familienverhältnisses ist, und der in der Hingabe einer Sache liegende Vertrag einen sachenrechtlichen Gehalt hat, so hat der Schuldvertrag lediglich die Begründung einer Forderung der einen und einer Schuld der andern Person zum Inhalt. Es entsteht daraus ein obligatorisches Band zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Dieser verpflichtet sich selbst durch den Vertrag jenem gegenüber zu irgend einer dem vermögensrechtlichen Verkehr angehörigen Leistung, sei diese nun, etwas zu geben, oder etwas zu thun, auch wohl etwas zu unterlassen.

2. Das obligatorische Prinzip der Verträge liegt lediglich in der Uebereinkunft, d. h. in dem Zusammentreffen der beiderseitigen Willenserklärung, des Versprechens von dem einen und der Annahme desselben von dem andern Theile, an welchen das Versprechen gerichtet war. Aus dem angegebenen Begriffe des Vertrages folgt schon von selbst, daß Personen, welche rechtlich gar keines Willens fähig sind (wie z. B. die Kinder, Wahnsinnige u. s. f.), auch keinen selbstständigen rechtsgültigen Vertrag abschließen können; ebenso, daß Personen, welche nur einen unvollständigen, durch fremden Beistand erst zu ergänzenden Willen haben (wie z. B. die Bevormundeten), oft auch zu der vollwirksamen Abschließung von Verträgen dieses fremden Beistandes bedürfen, nämlich überall, wo sie für ihre Person durch den Vertrag Andern verpflichtet werden sollen. Es folgt daraus ferner, daß von den beiden vertragschließenden Personen die Willensübereinstimmung auf eine auch äußerlich erkennbare Weise an den Tag gelegt erklärt werden muß, wobei es jedoch, wo nicht vom Gesetze eine bestimmte Form ausdrücklich vorgeschrieben wird, ganz einerlei ist, auf welche Art diese Willenserklärung geschieht. Soll endlich der Vertrag in jeder Beziehung fehlerlos sein, so muß er nicht blos äußerlich an den Tag gelegt, sondern auch innerlich ohne Fehler, nämlich ernstlich gemeint und weder durch widerrechtliche Gewalt, noch durch Arglist (§. 624.), noch durch Irrthum (§§. 622 und 623.) veranlaßt worden sein. Denn sonst ist, den Umständen nach, der darauf gebaute Vertrag entweder schon an sich ungültig, oder es stehen doch wenigstens dem Gezwungenen, Betrogenen oder Irrenden mancherlei Rechtsmittel zu Gebote, um sich hintendrein gegen die ihm nachtheiligen Folgen eines solchen Vertrages zu sichern.

3. Seinem Inhalte nach kann der Vertrag, insofern nicht für gewisse Arten desselben Prohibitivgesetze besondere Beschränkungen vorschreiben, auf jede obligationsmäßige Leistung gerichtet sein. Er kann ferner sowohl ohne Zusätze, als auch unter Hinzufügung von Nebenbestimmungen und Clauseln, unter denen er allein wirksam sein soll, namentlich von Bedingungen oder Zeit- (Anfangs- und End-) Terminen, abgeschlossen werden.

II. Erfordernisse. 1. Einwilligung.

§. 618. Zur Gültigkeit eines Vertrages ist die Einwilligung erforderlich.

Dieselbe muß im Zustande der Willensfreiheit erklärt werden.

1. Einwilligung: Vrgl. die Erl. 1 und 2. zu §. 617.

2. Willensfreiheit: d. h. es müssen sämmtliche Contrahenten weder durch Zwang oder Arglist, noch durch Irrthum (§§. 622 bis 624.) zur Abschließung des Vertrages veranlaßt worden sein, noch dürfen sie sich dabei in einem unzurechnungsfähigen Zustande, wie z. B. dem der Trunkenheit (§. 625.), noch des Blödsinns oder Wahnsinns, befunden haben. Ferner ist zur Entstehung eines gültigen Vertrages Handlungsfähigkeit der Vertragschließenden als Regel vorausgesetzt; s. über die Handlungsfähigkeit die Erl. 2. zu §. 18. des Personenrechts. So können z. B. Personen, welche unter Vormundschaft stehen, wohl vertragsmäßige Rechte erwerben, nicht aber ohne Zustimmung des Vormundes irgend welche Verbindlichkeiten eingehen (s. §§. 331 — 340.)

§. 619. Das bloße Anerbieten oder Versprechen des einen Theiles verpflichtet diesen nicht, so lange die Annahme von dem Andern nicht erfolgt ist.

Die Annahme muß mit dem Versprechen übereinstimmen.

1. In der Regel wirkt die Erklärung erst dann rechtsverbindlich, wenn dieselbe dem andern Contrahenten mitgetheilt worden ist. Durch den Vertrag verbinden sich zwei Personen miteinander; daraus schon folgt nicht blos, daß sie Beide einig sein müssen über das einzugehende obligatorische Verhältniß, sondern daß sie diese Willensübereinstimmung einander erklärt haben müssen. Nicht der Wille an sich bindet, sondern erst der erklärte Wille, und erklärt ist er erst, wenn er im Verhältniß zu der andern Vertragsperson erkärt und von dieser vernommen worden ist. Z. B. mir hat ein Künstler ein Gemälde um einen bestimmten Preis zum Kaufe angeboten und ich entschließe mich, es zu kaufen, aber spreche diesen Entschluß noch nicht aus; noch bin ich nicht gebunden als Käufer. Oder ich spreche meinen Willen, zu kaufen, aus in meiner Familie oder unter Freunden, aber nicht gegen den Künstler; auch dann bin ich noch nicht Käufer geworden. Oder ich erkläre gegen den Künstler, ich wolle es kaufen, aber der ist eingeschlafen und hört meine Erklärung nicht; auch jetzt bin ich noch frei, und wenn mich das Geschäft reut, so kann ich unbedenklich dem wach gewordenen Verkäufer erklären, ich wolle das Gemälde nicht kaufen. Soll die Rede wirken, so muß sie gehört werden; soll das geschriebene Wort wirken, so muß es dem, an den es gesandt ist, zugekommen sein; mit einem Wort: erst der vollzogene Rapport beider Vertragspersonen verbindet dieselben. Die Ausnahmen von dieser einfachen logischen Regel sind ziemlich selten und beruhen immer auf besondern einwirkenden Gründen: Der Bezogene z. B., der einen Wechsel acceptirt, kann durch die Wechselannahme Schuldner eines ihm völlig unbekannten Wechselgläubigers werden; hier liegt der Grund in der eigenthümlichen Natur des Wechsels. Eine andere Ausnahme kommt vor bei den Papieren auf den Inhaber. Ebenso wird in manchen Fällen, z. B. dem berufs-

mäßigen Spediteur oder Kommissionär gegenüber, die stillschweigende Annahme des Auftrages vermuthet. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. zürch. G. B. §. 904.

2. Nicht erfolgt ist: Hierüber führt „Bluntschli" folgendes Beispiel an: **A** macht dem anwesenden **B** den Antrag, ein Wohngemach für 500 Fr. zu vermiethen; **B** erklärt sich vorläufig gar nicht, sondern will sich bedenken. Dann kommt **C**, dem **A** das nämliche Anerbieten macht; **C** nimmt dasselbe sofort an. Erst dadurch wird **A** gebunden; gegen **B** ist er frei geblieben. Oder: **E** bietet dem **F** ein Pferd an; aber bevor sich **F** über die Annahme erklärt hat, ändert **E** seinen Willen und sagt zu **F**, er könne ihm das Pferd doch nicht überlassen; auch hier war **E** noch nicht gebunden. Ausnahmsweise kann aber der Anerbietende sich vorläufig einseitig in der Weise verpflichten, daß er der andern Vertragsperson das Recht giebt, ihn während einer Frist nach seinem Belieben zu behaften. Z. B. in den genannten Fällen erklärt der Vermiether **A** dem **B**, er lasse sich zwei Tage bei seinem Anerbieten behaften; dann darf er vor Ablauf der zwei Tage die Wohnung nicht an **C** vermiethen, ohne dem **B**, der am zweiten Tage zusagt, verantwortlich zu werden.

3. Uebereinstimmen: Nur die reine, nicht auch eine bedingte oder beschränkte Annahme, bringt den Vertrag zum Abschluß. Z. B. im obgenannten Falle nimmt **B** den Miethantrag an, wenn **A** noch einen Ofen in ein Zimmer setze. Oder **C** bietet dem **D** ein Pferd zum Kaufe an für 800 Fr.; **D** willigt ein mit dem Vorbehalt, daß ihm nicht binnen 6 Wochen ein anderes Pferd zu bessern Bedingungen angeboten werde. Oder **E** bestellt bei **F** 20 Centner Oel, auf den 1. März zu liefern, und **F** nimmt an mit der Erklärung, er könne die Waare erst auf den 15. März liefern. In diesen Fällen sind **A**, **C** und **E** nicht gebunden, diese Annahme ihrerseits anzunehmen, und können daher durch sofortige Zurückweisung derselben ihre Freiheit behalten oder wieder gewinnen, je nachdem ihr Anerbieten zuvor unverbindlich oder verbindlich geschehen war. In der bedingten Annahme des **B**, **D** und **F** liegt hinwieder eine theilweise neue Proposition, gegenüber welcher sich **A**, **D** und **E** in der nämlichen Lage befinden, wie früher jene gegenüber dem ersten Antrage dieser.

§. 620. Ist zur Annahme ein gewisser Zeitraum bestimmt, so kann derjenige, welcher das Anerbieten oder Versprechen gemacht, bis nach Abschluß der verabredeten Zeit nicht zurücktreten.

Siehe das Beispiel am Schlusse der Erl. 2. zu §. 619.

§. 621. Ist zur Annahme kein Zeitraum bedungen, so muß das Anerbieten oder Versprechen ohne Verzug angenommen werden.

1. D. h. sofern der Annehmende den Anerbieter wirklich bei seinem Angebote oder Versprechen behaften will. Denn zögert er mit der Annahme, erklärt er dieselbe nicht sofort, so kann der Andere mit voller Freiheit schon im nächsten Augenblicke sein Anerbieten wieder zurückziehen; vrgl. die Beispiele in Erl. 2. zu §. 619. Die ein-

seitige Verbindlichkeit des Anerbietenden in einem seiner Natur nach gegenseitigen Vertragsverhältnisse kann nur eine vorläufige, nicht eine dauernde sein. Sie ist nicht unter allen Umständen gemeint, sondern nur unter der Voraussetzung, daß auch die andere Vertragsperson die Zustimmung erkläre und sich ebenfalls verbinde. Es kann **A** nicht Käufer sein, wenn **B** nicht Verkäufer ist; noch **C** Vermiether, wenn **D** nicht Miether ist. Daher wird der Anerbietende, auch wenn er ein verbindliches Angebot gemacht hat, doch wieder frei, sobald er nicht ohne Verzug behaftet, d. h. ihm die Annahme erklärt wird. Nach dem Grundsatz des §. 619. kann selbst der Entschluß des **B**, den **A** behaften zu wollen, nicht wirken, wenn derselbe nicht dem **A** mitgetheilt worden ist; wenn also z. B. der Annahmebrief des **B** nicht an die Adresse des **A** gelangt ist, so ist **A** wieder frei geworden und kann mit einem Dritten den Vertrag abschließen, den er dem **B**, wie er in Folge des Stillschweigens desselben annehmen darf, vergebens anerboten hat.

2. Der Anerbieter kann auch ohne vorherigen Widerruf die verspätete Annahmeerklärung zurückweisen; die Frage, ob eine Zögerung eingetreten sei oder nicht, wird nach den Umständen und der Sitte des Verkehrs beurtheilt. Z. B. der Kaufmann **A** hat dem Kaufmann **B** eine Partie Waare zu einem bestimmten Preise angeboten und dabei erklärt, er wolle sich vierzehn Tage lang dabei behaften lassen; die Annahmeerklärung des **B** kommt dem **A** aber erst am sechszehnten Tage zu; da braucht er sich, wenn es ihm nicht convenirt, nicht mehr darauf einzulassen. Eine genaue Zeitbestimmung, von wann an in solchen Fällen eine Zögerung angenommen werden könne, ist mit Absicht in dem Gesetze vermieden worden. „Bluntschli“ bemerkt über dieses Verhältniß Folgendes: „Starre Regeln sind in so wechselnden Verhältnissen des Lebens immer willkürlich und schädlich. Es war wohl früher der Ausdruck beliebt „mit umgehender Post“ oder „mit nächster Post.“ Und für den kaufmännischen Verkehr deutet dieser Ausdruck mit Recht an, daß jeder Geschäftsmann darauf rechne, daß die gewöhnlichen nächsten Mittel zu beförderlicher Benachrichtigung benutzt werden. Aber während der letzten Jahrzehnte schon hat sich der Postenlauf so vervielfältigt, daß eine wörtliche Interpretation der umgehenden Post heute blos eine Frist von Stunden und Viertelstunden bedeutet, während früher zwischen einer Post und der andern Tage und Wochen in der Mitte lagen. Die Einführung der telegraphischen Korrespondenz eröffnet überdem die Aussicht auf weitere Veränderungen in der Zeitbenutzung. Vrgl. Oesterr. Ges. §. 862. und preuß. Landrecht **I.** 5. §§. 97. und 98: „Der Antragende ist schuldig, wenn mit der ersten Post keine Antwort erfolgt, noch den nächstfolgenden Posttag abzuwarten.“

2. Hindernisse der Einwilligung: a. Irrthum.

§. 622. Hat ein Irrthum über den Vertragsgegenstand oder über wesentliche Eigenschaften desselben obgewaltet, so ist die Einwilligung unverbindlich.

1. Ein wesentlicher Irrthum eines oder beider Contrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrages, denn alsdann fehlt es an der nöthigen Willensübereinstimmung; deshalb ist ein derartiger

Scheinvertrag in sich selbst nichtig, d. h. er ist als gar nicht zu Stande gekommen anzusehen. Ein wesentlicher Irrthum im Sinne des Gesetzes liegt aber vor, wenn der eine Contrahent an einen andern Gegenstand der Leistung denkt, oder wenn zwar Beide an denselben Körper denken, aber der eine Contrahent sich über eine so erhebliche Eigenschaft der Sache irrt, daß dieselbe, je nachdem sie diese Eigenschaft hat oder nicht, im Verkehr zu ganz verschiedenen Gattungen von Sachen gerechnet wird, z. B. wenn einer eine Sache von Erz für eine goldene, oder unächte Edelsteine für ächte hält. Im Uebrigen ist ein Irrthum nur dann als wesentlich zu betrachten, wenn wegen desselben das Dasein einer wahren Willensübereinstimmung nicht angenommen werden kann. So spricht unser Gesetz auch nichts von dem allfälligen Irrthume in der Person des andern Vertragschließenden: es muß daher nach dem Grundsatz, wonach Ausnahmsbestimmungen nicht ausgedehnt werden dürfen, angenommen werden, daß ein bloßer Irrthum in der Person die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages nicht zu hindern vermöge, sofern nicht zugleich ein solcher über den Vertragsgegenstand oder über wesentliche Eigenschaften desselben obgewaltet habe.

2. Vertragsgegenstand: „Z. B. **A** bietet eine Uhr zum Verkauf an, und **B**, im Irrthum, daß **A** einen Tisch verkaufen wolle, sagt zu. Oder **A** will eine Sackuhr verkaufen und **B** meint die Stockuhr des **A** zu kaufen. Oder **C** bestellt eine Oehllampe bei **D** und **D** glaubt, die Bestellung gehe auf Herstellung eines Kerzenleuchters. In allen diesen Fällen fehlt es an der Willensübereinstimmung." (Bl.)

3. Wesentliche Eigenschaften: „Z. B. beide Vertragschließenden haben dieselbe Flüssigkeit vor Augen, aber der eine hält dieselbe für Wein, während sie Apfelmost ist; oder beide denken an den nämlichen Becher, aber der eine hält ihn irrthümlich für Silber, während er nur von Neusilber ist. Man darf aber nicht zu leicht einen Irrthum über einzelne Eigenschaften für wesentlich halten. Wenn z. B. ein Gast einen Wein für ächten Champagner hält, der ein inländischer moussirender Wein ist; oder Jemand meint, ein Gefäß sei von purem Golde, und es hat einigen Kupfer- und Silbergehalt; oder ein Zeug sei reine Seide, während auch baumwollene Fäden hineingewoben sind, so sind das nicht Irrthümer, welche die Willensübereinstimmung aufheben. Hat der Verkäufer dabei Betrug geübt, oder bestimmte Eigenschaften versprochen, die fehlen, so wird dieselbe im ersten Falle aus dem Grunde der Arglist (§. 624.), im zweiten aus seinem Versprechen zum Schadensersatz oder zur Zurücknahme der Waare verbunden." (Bl.)

§. 623. Ein Irrthum, der in Mißrechnungen seinen Grund hat, berechtigt keinen Theil, von dem Vertrage zurückzutreten. Was in Folge einer Mißrechnung zu viel oder zu wenig versprochen oder gegeben worden, ist auszugleichen.

Z. B. bei der Ausrechnung des Preises einer nach dem Gewicht gekauften Waare wird ein Irrthum gemacht und der wirkliche Preis zu groß oder zu gering angesetzt. Da ist der Kaufsvertrag nicht

ungültig; aber der Irrthum kann und muß von demjenigen, der zuviel bezogen hat, berichtigt werden.

b. Zwang und Arglist.

§. 624. Ist Jemand durch Zwang oder Arglist veranlaßt worden, seine Einwilligung zu einem Vertrage zu geben, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit; er ist berechtigt, volle Genugthuung (§. 800.) zu fordern.

1. Zwang: Der Gezwungene kann sich auf die Ungültigkeit seiner in Vertragsform eingegangenen Schuld berufen; thut er das nicht, so besteht der Vertrag in Kraft und ist also nicht absolut ungültig. Es kommt bei der Beurtheilung auf die besondern Verhältnisse der Personen und der Umstände an. Eine schwache Frau kann z. B. leichter durch Drohungen von Gewalt ernstlich erschreckt werden, als ein starker Mann. Nur wenn in dem Richter die Ueberzeugung entsteht, daß nach der Lage des Falles die stattgefundene Drohung oder Gewaltanwendung eine tief eingreifende Wirkung auf den Willen des Gezwungenen machte und nach den Umständen machen mußte, nicht schon, wenn nur hingeworfene Bedenken und Aufreizungen die Folgen derselben waren, darf er die Ungültigkeit des Vertrages aussprechen.

2. Das Gesetz sagt nicht, daß der Zwang gerade vom Gegner selbst habe ausgeübt werden müssen; dieses Hinderniß steht daher der Wirksamkeit des Vertrages auch dann im Wege, wenn der Zwang von einem Dritten verübt worden ist. Die Drohung, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, oder eingeräumte Vortheile wieder zu entziehen, über welche der Drohende frei zu verfügen berechtigt ist, rechtfertigt die Anfechtung des Vertrages aus dem Grunde des Zwanges keineswegs; auch nicht, wenn mit der Ausübung jenes Rechts ein großes Uebel verbunden wäre.

3. Arglist: d. h. jede beabsichtigte Täuschung des einen Contrahenten, durch welche der Andere verleitet wurde, den Vertrag einzugehen. Als Arglist darf freilich die bloße, wenn auch übertriebene Anpreisung eines Handelsartikels oder überhaupt des Werthes einer Sache nicht bezeichnet werden; diese macht den Vertrag nicht ungültig. Nach der Sitte ist auch nicht anzunehmen, daß der Contrahent sich durch dieselbe habe täuschen, wenn auch vielleicht anreizen lassen. — Wenn aber der eine **A** unwahre Angaben macht und der andere **B** dadurch in Irrthum verleitet wird und deshalb den Vertrag abschließt, so hat Letzterer gegen **A** eine Einrede aus dem Grunde der Arglist und eine Schadensersatzklage.

4. Volle Genugthuung: Diese besteht nach §. 800. in dem Ersatze des durch das Verschulden des Gegners erlittenen Schadens, worunter die Herstellung des früheren Zustandes, oder, wenn diese nicht möglich ist, die Vergütung des Nachtheiles verstanden wird, den der Beschädigte (Betrogene oder Gezwungene) erlitten hat; ferner in dem Ersatze des entgangenen Gewinnes, als des Nachtheils, den Jemand dadurch erleidet, daß er verhindert wird, sich Vortheile zuzueignen, die er sich nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hätte zueignen können; endlich, je nach dem Ermessen des Richters in dem

Ersatze des Preises der Vorliebe dessen, dem der Werth ersetzt werden muß; s. übrigens die näheren Erl. zu §§. 798 bis 800.

5. Jemand, der seinen Antheil an einem Gewerbe vertragsweise seinem Geschäftsgenossen überlassen, klagte auf Aufhebung des daherigen Vertrages, mit der Behauptung, daß er durch Zwang und Arglist zur Unterzeichnung desselben veranlaßt worden. Er begründete den Zwang und die Arglist mit dem Anbringen: er habe im fraglichen Gewerbe die gemeinsame Kasse geführt; der Miteigenthümer des Gewerbes habe ihm nun den Vorwurf gemacht, daß er bei Führung der Kasse sich Verschlagnisse habe zu Schulden kommen lassen, und zwar mit der Androhung, daß er der behaupteten Verschlagnisse wegen gegen ihn einen Strafprozeß veranlassen und unverzüglich seine Verhaftung nachsuchen werde, wenn er ihm seinen Antheil am Gewerbe nicht abtrete. Unter dem Drucke dieser Drohung, welche mit der Bemerkung verbunden worden, daß der Landjäger, der ihn abführen werde, schon in der Nähe sei, habe er den ihm vorgelegten Vertrag unterschrieben. Die Frage, ob bei Unterzeichnung des erwähnten Vertrages Zwang und Arglist obgewaltet, entschied das h. Obergericht in verneinendem Sinne unter folgenden Erwägungen: Der §. 624. des A. B. G. schreibe vor: (s. oben.) Es sei daher zu untersuchen, ob in den klägerisch angeführten Thatsachen, vorausgesetzt, daß sie bewiesen würden, ein Zwang oder eine Arglist läge. Nach Rechtsgrundsätzen sei Zwang alsdann vorhanden, wenn Jemand entweder durch physisches Uebergewicht eines Andern, oder durch ungerechte Androhung eines bedeutenden in Aussicht gestellten Uebels, vor welchem man nur durch gefährliche Mittel sich zu schützen im Stande wäre, zu einer rechtlichen Handlung veranlaßt werde. Seien aber nur solche Uebel angedroht, vor welchen man als rechtlicher Mann sich nicht zu fürchten brauche, wie z. B. eine Strafklage, so könne darin noch kein Zwang im gesetzlichen Sinne des Wortes erblickt werden. Unsere Einrichtungen im Strafwesen seien nicht der Art, daß man ohne Weiteres einen Unschuldigen verhaften und in langwierige Untersuchungen verwickeln könne. Uebrigens bedrohe das Gesetz den falschen Ankläger selbst mit peinlicher Strafe, um Garantie zu gewähren, daß kein Unschuldiger leichtfertig in strafrechtliche Untersuchung gezogen werde. Man dürfe daher zur Ehre eines wohlgeordneten Staates annehmen, die Drohung, Jemanden in gerichtliche Untersuchung zu ziehen, werde bei ihm, wenn er sich unschuldig fühle, nicht eine solche Furcht verursachen, daß er dadurch zur Eingehung nachtheiliger Geschäfte sich verleiten ließe. Sei somit ein Zwang im Sinne des Gesetzes nicht nachgewiesen, so frage es sich denn noch einzig, ob solche Thatsachen behauptet seien, aus denen gefolgert werden könnte, der Beklagte habe sich einer Arglist gegen den Kläger schuldig gemacht. Arglist sei dann vorhanden, wenn Jemand böslicher Weise den Irrthum eines Andern benutze, oder Irrthum eines Andern errege zur Erreichung selbstsüchtiger Zwecke. Daß nun aber beim Kläger ein Irrthum erregt oder über irgend einen Gegenstand vom

Gegner benutzt worden, werde von ihm selbst nicht behauptet, im Gegentheil wolle Kläger ja die Folgen seiner Handlung sehr gut gekannt und sich lange genug dagegen gesträubt, somit nicht etwa irrthümlicher Weise den Vertrag unterzeichnet haben, sondern vielmehr, wie er behaupte, aus Furcht vor einem angedrohten Strafprozesse, eine Androhung, welche, wie oben nachgewiesen worden, ihn aber nicht von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien vermöge. (O. R. 1862 S. 29.)

c. Trunkenheit.

§. 625. Verträge, die Jemand in dem Zustande der Trunkenheit abgeschlossen hat, sind für ihn unverbindlich.

Es ist nicht nöthig, daß die Trunkenheit gänzlichen Willensmangel des betreffenden Contrahenten herbeigeführt habe, sondern genügt zru Anfechtung des Vertrages, wenn durch den Zustand der Trunkenheit die freie Ueberlegungskraft bedeutend getrübt worden ist. Wenn es dem Richter klar geworden ist, daß der Contrahent im Rausche den Vertrag eingegangen und dies ihn verhindert habe den Sinn des Vertrages gehörig zu überlegen, so ist er schon deshalb ermächtigt, diesen aus dem Grunde der Trunkenheit angefochtenen Vertrag aufzuheben. Aber er darf es auch nicht zu leicht nehmen und nicht jede Erregtheit der Contrahenten, die zusammen getrunken haben, für einen Grund halten, den geäußerten Willen als mangelhaft zu erklären.

d. Wetten und Spiele.

§. 626. Wetten und Spiele begründen kein Klagrecht. Das von dem Verlierenden Bezahlte oder Hinterlegte kann nicht zurückgefordert werden.

1. Durch den Spielvertrag versprechen zwei oder mehrere Personen wechselseitig ihren Einsatz je nach dem Ausgange des Spieles, in dem Sinne, daß der im Spiel besiegte Theil denselben an den Sieger verliere. Unser bürgerliches Gesetzbuch erklärt nun den Spielvertrag nicht gerade als unzulässig und ungültig, weshalb dasjenige, was der Eine vom Anderm im Spiel gewonnen hat, nicht aus dem Grunde der Nichtigkeit des abgeschlossenen Spielvertrages wieder zurückgefordert werden darf. Haben sie aber nicht gegen Baareinlage, sondern nur auf Kredit, d. h. gegen Zahlungs-Versprechen gespielt, so kann der Gewinnende den Verlierenden nicht auf rechtlichem Wege zur Bezahlung anhalten und auch keine darauf gestützte Klage vor Gericht anbringen.

2. Die Wette besteht in der Aufstellung widerstreitender Behauptungen und dem gegenseitigen Versprechen eines Jeden, einen bestimmten Vermögensverlust in Geld oder Geldeswerth zu erleiden, wenn die eigene Behauptung sich als unrichtig erweisen sollte; sie unterscheidet sich von dem Spiel durch die subjektive Beziehung auf die entgegengesetzten Behauptungen der Wettenden. Zum Begriff der Wette ist auch keineswegs nöthig, daß der Gegenstand derselben an sich ungewiß, noch daß er ein zukünftiger sei: gewöhnlich bezieht sich freilich die Wette auf ein zukünftiges und eben darum noch ungewisses Ereigniß, zuweilen aber auch auf ein bereits geschehenes, dessen Kunde man erwartet; dann ist nicht mehr das Ereigniß selbst ungewiß noch künftig, sondern nur die Aufklärung darüber. Hinsichtlich des durch eine Wette Gewonnenen und des allfällig bereits Bezahlten oder

Hinterlegten bestehen dieselben Grundsätze, wie für das Spiel; s. Erl. 1.

III. Gegenstand. a. Im Allgemeinen.

§. 627. Jede mögliche und erlaubte Leistung, Gestattung oder Unterlassung, sowie jede dem Verkehre nicht entzogene Sache kann Gegenstand eines Vertrages sein.

1. Vergl. im Allgemeinen die Erl. 1 — 3. zu §. 617. Der Gegenstand eines Vertrages, und eines Schuldvertrages oder einer „Obligation" insbesondere, ist zunächst eine Handlung desjenigen, der sich dadurch zu etwas verpflichtet, d. h. des „Schuldners", bestehe nun diese Verpflichtung in dem Verschaffen eines gewissen Vermögensobjektes oder sonst in einem Thun oder Unterlassen; denn auch das letzte, eine negative Handlung, kann Gegenstand des Vertrages sein. Die Handlung aber muß 1) möglich sein, und zwar sowohl rechtlich als natürlich möglich; doch ist nicht nur eine bedingte Verpflichtung zu gegenwärtig Unmöglichem für den Fall der künftigen Möglichkeit zulässig, sondern es kann auch gegenwärtig Jemand zu einer an sich möglichen Leistung, die nur ihm aus individuellen Gründen zu gewähren unmöglich ist, und unter Umständen selbst zu an sich (objektiv) Unmöglichem insofern wirksam sich verpflichten, daß er für die Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich wird. Die Handlung muß 2) eine gesetzlich erlaubte sein, und 3) wenn auch nicht an sich und unmittelbar einen Vermögensvortheil des Forderungsberechtigten bezwecken, doch wenigstens von solcher Beschaffenheit sein, daß sich ein vermögensrechtliches Interesse daran knüpft, dessen Gewährung den Gegenstand gerichtlicher Belangung des Verpflichteten abgeben kann. Der Gegenstand eines Vertrages darf ferner nicht völlig unbestimmt und unbestimmbar, noch auch lediglich der Willkühr des Verpflichteten anheimgestellt sein, der alsdann etwas ganz Werthloses leisten könnte. Derselbe kann aber mehr oder weniger genau bestimmt und selbst nur auf billiges Ermessen oder auf das bloße Gutdünken einer andern Person gestellt sein, in welchem Falle freilich die Existenz der Verbindlichkeit durch den Ausspruch dieses Gutdünkens bedingt ist. Ueber die sogenannten „Wahlverbindlichkeiten" s. §§. 629. u. ff.

2. Dem Verkehr nicht entzogene Sache: s. hierüber §. 415. sammt den dortigen Erläuterungen.

3. s. die Entscheidung in Erl. 5. zu §. 512.

§. 628. Der zu einer Leistung Verpflichtete hat auf dieselbe denjenigen Fleiß zu verwenden, mit welchem ein ordentlicher Hausvater seine eigenen Angelegenheiten besorgt.

Vergl. die Erl. 1. zu §. 540.

b. Wahlverhältnisse.

§. 629. Steht zwischen mehreren Verbindlichkeiten eine Wahl frei, so kommt diese dem Verpflichteten zu, sofern nichts Anderes festgesetzt ist.

Eine besondere Art der Verträge ist die sogenannte Wahlverbindlichkeit (alternative Obligation), d. i. derjenige Schuldvertrag, vermöge dessen eine von mehreren Leistungen nach Auswahl einer bestimmten Person zu gewähren ist. In der Regel hat der Schuldner selbst die Wahl, wo dann der Gläubiger auch nur alternativ, d. h. auf die eine oder andere Leistung, klagen kann. Ver-

möge besonderer Bestimmung der Contrahenten kann aber auch dem Gläubiger die Wahl zustehen, sei es bis zu seiner bestimmten Erklärung darüber, sei es bis zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung. Auch einem Dritten kann sogar die Auswahl unter mehreren Leistungen anheimgestellt sein, dann ist dessen Erklärung darüber als Bedingung der Forderung anzusehen.

§. 630. Hat der Verpflichtete die Wahl und sind durch sein Verschulden alle Leistungen unmöglich geworden, so hat er für diejenige Ersatz zu leisten, deren Unmöglichkeit zuletzt eingetreten ist.

Wird aus Verschulden des Berechtigten die eine Leistung unmöglich, so ist der Verpflichtete von fernerer Verbindlichkeit frei.

Frei: Hat der Gläubiger den Untergang eines von zwei wahlweise geschuldeten Gegenständen verschuldet, so kann der wahlberechtigte Schuldner die unmöglich gewordene Leistung nun als erfüllt betrachten und, statt Ersatz dafür zu fordern, seine Schuld als bezahlt ansehen. Er kann aber auch den übrig gebliebenen leisten und für den untergegangenen Schadensersatz fordern, da aus der verschuldeten Schädigung der bisherige Gläubiger nun selber zum Schuldner wird.

§. 631. Hat der Berechtigte die Wahl und ist die eine Leistung ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden, so hat sich der Erstere mit der noch möglichen zu begnügen.

Fällt aber dem Verpflichteten die Schuld zur Last, so kann der Berechtigte die noch mögliche Leistung oder den Schadensersatz für die unmöglich gewordene verlangen.

Im erstern Falle liegt weder ein Verschulden des Einen noch des Andern vor; daher fällt mit der zufälligen Vereinfachung der Verpflichtung auch das Wahlrecht weg. Im zweiten Falle dagegen verliert der Verpflichtete, der sich selbst durch Arglist oder Fahrlässigkeit in die Unmöglichkeit versetzt, die eine Leistung zu erfüllen, eben deshalb das Recht, nur noch die übrig gebliebene zu leisten, und kann der Berechtigte immer noch sein volles Wahlrecht üben, indem für ihn an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung der Werth tritt, den die wirkliche Erfüllung für ihn hätte, d. h. der Schadensersatz. Dieser Schadensersatz wird alsdann, je nachdem das Verschulden des Verpflichteten ein böswilliges war, nach §. 800. des A. B. G., oder wenn es in Fahrlässigkeit bestand, nach §. 799. **ibid.** bemessen.

IV. Form.

a. Regel.

§. 632. Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich, mit oder ohne Zeugen, abgeschlossen werden.

Besondere Förmlichkeiten sind nur dann nothwendig, wenn sie durch das Gesetz vorgeschrieben oder für den besondern Fall von den Vertragschließenden verabredet werden.

1. In der Regel bedarf es zur Gültigkeit und Klagbarkeit der Verträge keiner besondern Form, sondern es genügt, daß der beiderseitige Wille in verbindlicher Weise erklärt sei. Indeß kommt jeder Vertrag nur in einer gewissen Form zu Stande; der Wille wirkt

erst dann verbindlich, wenn er mitgetheilt worden ist (§. 618.), und die Mittheilung kann nicht ohne eine Aeußerung, d. h. eben ohne eine Form geschehen. Aber in der Regel ist es gleichgültig, in welcher Form sie sich äußern, ob durch das gesprochene Wort oder die Schrift, oder mit Zeugen, oder durch die That selbst. Unsere Verträge sind daher nicht gerade „formlos", aber sie bedürfen nicht gerade dieser oder jener Form; sie sind gültig, wie immer die Willensübereinstimmung offenbar geworden ist. Dessen ungeachtet ist auch ohne besondere Uebereinkunft oder gesetzliche Vorschrift die Form auch im Allgemeinen nicht gleich gültig; denn die eine ist klarer oder weniger dem Zweifel ausgesetzt, als die andere. Insbesondere sichert die schriftliche Form den Beweis des Vertragsabschlusses besser als die mündliche.

2. Durch das Gesetz: z. B. der Wechselvertrag bedarf der besondern Wechselform; ein Faustpfandvertrag über 60 Fr. der Ausfertigung einer besondern Urkunde darüber; ebenso ein den Betrag von 100 Fr. übersteigender Bürgschaftsvertrag der Schriftlichkeit; ferner der Verpfründungsvertrag außerdem der öffentlichen Bekanntmachung und einem damit verbundenen Schuldenrufe; endlich bedürfen Erbverträge und Schenkungen von Todeswegen der Form der letzten Willensverordnungen mit Zeugen u. s. w.

3. Verabredet: Wenn z. B. bei der Unterhandlung über einen Vertrag die schriftliche Abfassung desselben vereinbart worden ist, so wird im Zweifel der Vertrag selbst erst durch den schriftlichen Vollzug gültig.

4. (Auszug aus einem obergerichtlichen Befunde.) Zwischen den Brüdern W. sei am . . . über die Theilung des väterlichen Nachlasses eine Uebereinkunft getroffen worden, welche im Mai gleichen Jahres in Schrift verfaßt und von Beiden noch mit der ausdrücklichen Erklärung unterzeichnet worden sei: „Bei diesen vorläufig zu Concept genommenen Verhandlungen der Brüder W. versprechen dieselben zu verbleiben und haben sich zu dem Ende eigenhändig unterzeichnet." Bei diesem Vorgang könne also jene Uebereinkunft nicht, wie der Kläger behaupte, als ein bloßer Theilungsentwurf, welcher als solcher keine Rechte und Verbindlichkeiten erzeuge, angesehen werden; vielmehr stelle sich die Verhandlung als ein zur Reife gediehener, mit den gehörigen Förmlichkeiten ausgerüsteter, mithin rechtsgültiger Vertrag zu dem Zwecke dar, die Ansprüche der Brüder W. an dem Erbe ihres Vaters ein für allemal auseinanderzusetzen. Wie nun die Bestimmungen eines solchen rechtsbeständigen Vertrages für die Abschließenden im ganzen Umfang verpflichtend seien und ein gegenseitiges Lossagen von dem, was einmal durch Vertrag für beide Theile Gesetz geworden, nicht angehe, so könne denn auch im Widerspruch mit der fraglichen Uebereinkunft, durch welche der Grundsatz festgestellt worden, daß der Fußweg die Grenze zwischen den beiderseitigen Antheilen am Baumgarten bilden solle, der Kläger die Zurückstellung vom Land selbst nicht verlangen, u. s. w. (O. Urth. v. J. 1835).

eugen. §. 633. Wenn ein Vertragschließender nicht fähig ist, eine

Vertragsurkunde zu unterschreiben, so hat er dem Inhalte derselben sein Handzeichen in Gegenwart zweier unverwerflicher Zeugen beizusetzen, was von diesen durch Mitunterschrift zu beglaubigen ist.

1. Handzeichen: In alten Zeiten dienten auch die sogenannten Hausmarken zu solchen; heute pflegen diejenigen, welche nicht schreiben können, eines oder mehrere Kreuze zu zeichnen. Immerhin ist das Handzeichen ein zweideutiger Ersatz der Namensunterschrift. Das Gesetz verlangt daher, daß in solchen Fällen noch zwei Zeugen zugezogen werden sollen, in deren Gegenwart alsdann der Betreffende sein Zeichen beizusetzen hat, sowie daß nachher beide Zeugen durch ihre eigenhändige Mitunterschrift beglaubigen, es habe dieser Akt durch den Schreibunkundigen vor ihren eigenen Augen stattgefunden. Eine weitere Beglaubigung durch einen Beamten oder Notar ist alsdann unnöthig. S. übrigens die weitere Vorschrift im folgenden §. 634.

2. Unverwerflicher: Ueber die völlige Unzulässigkeit oder wenigstens Verwerflichkeit eines Zeugen: s. die §§. 172 und 173. der Zivilprozeßordnung. Die nothwendigen Eigenschaften lassen sich für diesen Fall kurz so zusammenziehen: es müssen männliche, über 16 Jahre alte, bei vollen Sinnen und im Zustande vollkommener Willensfreiheit befindliche Personen sein, die mit dem Schreibunkundigen bis zum Grade von Geschwisterkindern und mit Einschluß dieses Grades nicht verwandt oder verschwägert, ferner nicht vergeldstagt und nicht kriminalisirt sind, und, wenn volljährig, nicht unter Vormundschaft stehen.

§. 634. **Die Zeugen dürfen kein Handzeichen beglaubigen, bevor der Inhalt der Urkunde dem Aussteller derselben in ihrer Gegenwart vorgelesen worden und er erklärt hat, daß sie seinem Willen gemäß sei.**

In der Beglaubigung ist ausdrücklich anzumerken, daß diese Vorschrift beobachtet worden sei.

1. Vorgelesen u. s. w.: Diese Bestimmung dient dazu, jedem Mißbrauche der Schriftlichkeit gegenüber dem Schreibunkundigen vorzubeugen, weil durchschnittlich anzunehmen ist, ein solcher könne auch nicht selbst lesen.

2. Beglaubigung: Die einfachste Formel in solchen Fällen ist daher, wenn unter dem Handzeichen des Schreibunkundigen beigesetzt wird: „Daß vorstehende Urkunde in unserer Gegenwart dem **N. N.** (Schreibunkundigen) von Wort zu Wort vorgelesen worden sei und dieser sie als seinem Willen gemäß abgefaßt erklärt, sowie sodann gleichfalls in unserer Gegenwart dem Inhalte dieser Urkunde sein Handzeichen beigesetzt habe, beglaubigen durch ihre eigenhändige Unterschrift: die beiden Zeugen" (Taufname und Geschlecht derselben).

§. 635. **Bei schriftlichen Verträgen ist auf Verabredungen keine Rücksicht zu nehmen, welche vor Unterzeichnung der Urkunde stattgefunden haben und nicht in dieselbe aufgenommen worden sind.**

c. Mündliche Verabredungen bei schriftlichen Verträgen.

1. „Es kommt wohl vor, daß eine Partei behauptet, sie habe sich zwar bei der schriftlichen Fassung des Vertrages beruhigt und denselben unterzeichnet, aber nur weil zugleich die andere Partei die mündliche Zusicherung gegeben, diese oder jene Bestimmung des Vertrages komme nicht zur Anwendung; oder nur weil zugleich die andere Partei sich mit weiteren mündlichen Verabredungen einverstanden erklärt habe. Für solche Fälle weist das Gesetz den Richter an, lediglich auf den Inhalt der Schrift zu sehen und diese angeblichen mündlichen Aeußerungen nicht weiter zu beachten. Haben einmal die Parteien die schriftliche Vertragsform gewählt und dadurch gezeigt, daß sie in der Schrift eine sichere Fixirung und Beurkundung ihres Willens suchen, so sollen sie auch darin ihre Sicherheit finden und dieselbe nicht durch abweichende mündliche Verabredungen stören dürfen. Wollen sie etwas anderes, als sie schreiben und unterzeichnen, so sollen sie die Schrift selber verbessern und mit ihrem wirklichen Willen in Uebereinstimmung bringen; sobald aber die behauptete mündliche Uebereinkunft in Widerspruch geräth mit der Schrift, so ist dieser und nicht jener Glauben beizumessen " (Bl.)

2. Andere Gesetzgebungen enthalten für ähnliche Fälle die weitere Bestimmung: „Insofern die mündlichen Aeußerungen blos zur Auslegung der schriftlichen Urkunde dienen, kommen sie zur Berücksichtigung." Ist nun dieser Grundsatz auch anwendbar auf unser Recht? Ich glaube ja. Denn obgleich unser Gesetz hierüber schweigt, so liegt doch schon im Ausdrucke „Verabredungen, welche vor der Unterzeichnung der Urkunde stattgefunden haben und nicht in dieselbe aufgenommen worden seien, der Sinn, daß dabei nur weitere Verabredungen gemeint sind," von denen die Urkunde nichts enthält, aber nicht der, daß die Bedeutung z. B. eines zweideutigen Ausdrucks in der Urkunde nicht auf Grundlage einer solchen behaupteten mündlichen Aeußerung ausgelegt werden dürfte. Wird eine daherige Behauptung bestritten und vom Gegner dem Ausdrucke der Schrift eine andere Bedeutung beizubringen versucht, so kommen dann freilich zunächst die gewöhnlichen Beweisregeln zur Anwendung, d. h. es wird demjenigen, der sich auf eine mündlich stattgefundene Ausdrucksweise beruft, der Beweis darüber aufzuerlegen sein.

3. S. die obergerichtliche Entscheidung in Erl. 3. zu §. 817.

V. Gemeinschaftlichkeit:
a. mehrerer Vertragsverpflichteten.

§. 636. Haben in einem Vertrage Mehrere sich einem Dritten verpflichtet, so haften sie demselben gemeinsam.

Wollen sie nicht gemeinsam verhaftet sein, so müssen sie dieses in dem Vertrage ausdrücklich erklären.

Siehe unten die Erl. zu §§. 636 — 641. unter §. 641.

§. 637. Ist in dem Vertrage erklärt, daß die Verpflichteten nicht gemeinsam haften, fehlt aber die Bestimmung, was und wie viel der Einzelne leisten soll, so haften alle zu gleichen Theilen.

Siehe unten die Erl. zu §§. 636 — 641. unter §. 641.

§. 638. Haften mehrere Verpflichtete gemeinsam, so kann der Berechtigte einen Einzelnen für das Ganze oder Jeden derselben für seinen Theil belangen.

Wird er in dem einen oder andern Falle nicht befriediget, so kann er das Mangelnde von jedem einzelnen oder allen Verpflichteten fordern.

Siehe unten die Erl. zu §§. 636 — 641. unter §. 641.

§. 639. Durch die gerichtliche Hinterlegung seines Schuldbetreffnisses wird ein Pflichtiger gegenüber seinen Mitverpflichteten von den Folgen der Säumniß befreit.

Siehe unten die Erl. zu §§. 636 — 641. unter §. 641.

§. 640. Leistet ein Gesammtverpflichteter das Ganze, so tritt er gegenüber seinen Mitverpflichteten für die sie betreffenden Theile in die Rechte des Gläubigers.

Kann einer derselben seinen Theil nicht leisten, so fällt seine Verpflichtung auf die Gesammtheit.

Siehe unten die Erl. zu §§. 636 — 641. unter §. 641.

b. Mehrerer Vertragsberechtigten.

§. 641. Steht ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zu, so hat der Verpflichtete nach den Vorschriften des §. 478. an alle Berechtigte oder an ihren ordentlichen Vertreter das Schuldige zu leisten.

Zu §§. 636 — 641.:

1. Wenn gleich gewöhnlich die Forderung nur *einem* Gläubiger zusteht und die Verbindlichkeit nur *einem Schuldner* obliegt, so können doch auch bei einer und derselben Obligation zugleich *mehrere* Personen als Gläubiger oder Schuldner dergestalt betheiligt sein, daß jeder von ihnen entweder (als Gläubiger) den ganzen Gegenstand derselben zu fordern berechtigt, oder (als Schuldner) zu leisten verpflichtet ist, das Ganze aber überhaupt nur einmal gefordert werden kann, beziehungsweise geleistet zu werden braucht. Ein solches Rechtsverhältniß heißt *Gesammtobligation*, und zwar *Gesammtforderung*, wenn mehrere Personen als Gläubiger, und *Gesammtschuld*, wenn mehrere als Schuldner dabei betheiligt sind; die mehreren Gläubiger heißen *Gesammtgläubiger* und die mehreren Schuldner *Gesammtschuldner*. Das Wesen eines solchen Rechtsverhältnisses besteht also darin, daß die Obligation ihrem Inhalte oder objektiven Bestande nach nur *Eine* ist, gleichwohl aber mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner vollkommen bei der ganzen Obligation betheiligt sind, und diese somit blos in Bezug auf die daran betheiligten mehreren Personen sich gewissermaßen in mehrere Forderungsrechte oder Verbindlichkeiten spaltet. Jeder einzelne Gesammtgläubiger kann für sich die Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern, jeder einzelne Gesammtschuldner hat sie zu leisten; aber die Erfüllung an jenen oder durch diesen hebt die Gesammtobligation für Alle auf; und es verbleibt alsdann nur noch die Verpflichtung bestehen: bei der Gesammtforderung, daß der die Bezahlung oder sonstige Erfüllung erhaltende Gesammtgläubiger den Mitberechtigten ihren Antheil daran herausgebe; bei der Gesammtschuld: daß die übrigen Mitschuldner den die Erfüllung leistenden Gesammtschuldner nach Verhältniß ihrer Antheile an der Schuld entschädigen. — Die Gesammtobligation enthält eine Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer zu demselben Ganzen, das nur einmal zu

leisten ist; sie ist eine solidarische Obligation Mehrerer. Dadurch unterscheidet sie sich augenfällig sowohl von den eigentlichen Theilforderungen und Theilschulden, wobei jede von mehreren Personen — die sich nach lemma 2. des §. 636. schon bei Abschluß des Vertrages von dem Gesammtverbande losgesagt haben — einen Gegenstand nur theilweise zu fordern oder zu leisten hat und mit der Uebrigen in keiner weitern Verbindung stehen, als auch von der Solidarobligation im engern Sinne, d. h. dem Falle, wo verschiedene Personen vollkommen eine und dieselbe Leistung, die doch der Gläubiger nur einmal fordern kann, zu gewähren schuldig sind, wo also ebenfalls eine solidarische Verpflichtung Mehrerer, gleichwohl aber nicht blos eine einzige Obligation vorliegt. Solche Solidarobligationen im letztern Sinne entstehen aus Rechtsverletzungen, deren Mehrere zusammen sich schuldig machen und wodurch diese zur Leistung desselben Schadenersatzes verbindlich werden, und können so denn auch aus Rechtsgeschäften, durch welche Mehrere bezüglich desselben Gegenstandes verpflichtet werden, in Folge obligationswidrigen Thuns oder Unterlassens hervorgehen; hier sind zwar mehrere für sich bestehende Obligationen vorhanden, die aber gleichfalls doch alle durch die einmalige Befriedigung des Gläubigers durch den einen der Schuldner aufgehoben werden, und zwar so, daß auch hier derjenige, der allein das Ganze geleistet, von den übrigen dadurch zugleich befreiten Schuldnern verhältnißmäßigen Ersatz verlangen kann. — Endlich ensteht eine Gesammtobligation auch ohne Vertrag von selbst aus der Untheilbarkeit eines Gegenstandes, welchen Mehrere aus gemeinschaftlichem Rechtsgrunde, z. B. als Erben des ursprünglichen Gläubigers oder Schuldners, zu fordern berechtigt oder zu leisten verpflichtet sind.

2. Beispiele: a. für die Gesammtforderung: A ist aus Darlehen Gläubiger des B. von Fr. 600.; nach dem Tode des A übernehmen seine 3 Söhne C D und E die Erbschaft und mit dieser auch die Forderung an den B. Die Söhne C D und E zusammen haben nun die Forderung als Gesammtforderung geltend zu machen, obgleich jeder von ihnen nur zu einem Drittheil betheiligt ist; und B. kann an jeden von ihnen 200 oder an einen allein, z. B. an den C, 600 Fr. zahlen, der dann verpflichtet ist, dem D und E jedem 200 Fr. herauszugeben. — Oder A und B haben gemeinschaftlich die Herstellung einer Brücke übernommen; C verspricht nun, dem A oder dem B, welcher von Beiden es zuerst begehre, für den Bau 100 Fuhren Steine zu liefern. Da sind A und B Gesammtgläubiger, d. h. jeder von Beiden kann die 100 Fuhren fordern, C braucht dieselben aber nur einmal zu leisten; b. für die Gesammtschuld: Für die Darlehensschuld des B an A erklären C und D Bürgen zu sein. Hier entsteht eine Gesammtschuld des C und D zu gleichen Theilen. Bei der Realisirung der Bürgschaftsverpflichtung (d. h. wenn B nicht zahlen kann) steht dem A das Recht zu, den C für die ganze Bürgschaftsschuld zu belangen, oder er darf auch nur von jedem die Hälfte fordern; im erstern Fall tritt C für die zweite Häfte der Schuld als Gläubiger an die Stelle des A; c. für die bloße Theilschuld resp. Theilfor-

derung: Die Brüder A und B nehmen von D ein Darlehen von zusammen 1000 Fr. auf; Erstere erklären aber vor dem Vertragsabschlusse ausdrücklich, nicht gemeinschaftlich für die Schuld einstehen zu wollen, und sie vereinbaren sich dahin, daß A und B dem D jeden nur 500 Fr. schuldig bleiben und abbezahlen solle. Wird auch nun später der A zahlungsunfähig, so kann D die ihm von A schuldigen 500 Fr. nicht auch von B verlangen; anders wäre es, wenn sich A und B dem D gemeinschaftlich verpflichtet hätten, für die Schuld von 1000 Fr. einzustehen, denn da dürfte D, auch ohne daß A insolvent würde, die besagte Summe von B fordern, d. h. es würde dann nicht eine Theilschuld, sondern eine Gesammtschuld vorliegen.

3. Von den Folgen der Säumniß befreit (§. 639.): d. h. vom Tage der gerichtlichen Hinterlegung an hört für sein Schuldbetreffniß der Zins zu laufen auf; ferner hat er seinen Mitverpflichteten für nichts weiter einzustehen, und dem Gläubiger nur subsidiär noch für denjenigen Antheil der Gesammtschuld, der von allen andern Mitverpflichteten nicht erhältlich ist.

4. Siehe insbesondere auch die Erl. zu §. 478.

5. (Auszug aus einem obergerichtlichen Befunde betreffend die Wirkung der Solidarverpflichtung: Mit ihrer auf den Grund einer öffentlichen Schuldurkunde gegen W und seine Mithaften erhobenen Klage auf Bezahlung von Fr. 1600. nebst Zins und Folgen habe die Klägerin noch das weitere Begehren um Schuld- und Rechtsversicherung von Seite der Beklagten verbunden und darüber auch in Beziehung auf W ein entsprechendes Urtheil erhalten. Nun widerspreche aber W, der den Abstand vom Streite erklärt und seinen Rechtsbeistand, insofern er die auf ihn angewiesenen Fr. 144. nebst Zinsausstand und Kosten betreffe, zurückgezogen habe, zu jener Schuld- und Rechtsversicherung dermalen noch verpflichtet zu sein. Allein obschon derselbe in seiner Vertheidigung von den übrigen Beklagten sich getrennt, so habe dessen ungeachtet sein Verhältniß sowohl zu diesen als zu der Klägerin sich nicht geändert; vielmehr bleibe er der Letztern mit seinen Mitschuldnern um die ganze Schuld nach wie vor gemeinschaftlich verhaftet. Sei er also auch vom Streite abgestanden und habe er sein Betreffniß nebst den ergangenen Kosten zu zahlen erklärt, so könne diese Erklärung immerhin nur als eine unvollständige, nicht auf die ganze Schuld sich erstreckende, angesehen werden. Uebrigens auch den Fall gesetzt, daß er die Bezahlung der ganzen Schuld auf sich genommen, so wäre er mit dieser Uebernahme seiner einmal eingegangenen Verbindlichkeit noch nicht gänzlich enthoben; denn er sei auch verfällt worden, mit der Schuld zugleich das Recht, d. h. die Kosten des waltenden Streites, zu versichern, und da dieser noch nicht ausgetragen sei, so könne ihn, als einen mit für das Ganze Verhafteten, der seiner Obliegenheit nicht willkürlich sich entfremden möge, die bloße Abstandserklärung und das Anerbieten seines Betreffnisses als eines bloßen Bruchtheils der als untheilbar eingeklagten Verbindlichkeit nebst den Kosten, von der Pflicht, auch noch für diese das Recht zu versichern, nicht befreien. (O. Urtheil v. J. 1835.)

6. (Fernerer Auszug aus einem Urtheil des h. Obergerichts): Die jetzt der richterlichen Beurtheilung unterliegende Frage: ob die Beklagten für die eingeklagten Fr. 1600. die Schuld- und Rechtsversicherung gemeinsam zu leisten haben? sei im Grunde eine schon beurtheilte Sache und die Beklagten könnten der Vollziehung der gegen sie ausgesprochenen richterlichen Erkenntnisse nur dadurch entgehen, wenn sie sich dem Klagschlusse in der Hauptsache selbst unterziehen würden, was aber bis jetzt noch nicht geschehen sei. Zwar hätten dieselben mit Ausnahme des H bereits eine Summe von zusammen 1499 Fr. hinterlegt und dieser Letztere habe erklärt, daß er seinen Rechtsbarschlag, insofern er die ihm angewiesenen Fr. 144. nebst Zinsausstand und Kosten betreffe, für die er persönlich in Anspruch genommen werden könne, zurückziehe und vom Prozesse abstehe. Allein abgesehen davon, daß die Niederlegung einer Summe hinter Recht der Zahlung nicht gleichkomme und eine solche Hinterlage immer wieder zurückgenommen werden könne, so erreiche jene hinterlegte Summe nicht einmal den Betrag der eingeklagten, und die blos theilweise Abstandserklärung des H, der die Solidarität der Schuld nicht anerkenne, könne dem Kläger auch nicht genügen, zumal dieser, der stets auf der solidarischen Verbindlichkeit der Beklagten bestanden und dieselben als eine Einheit behandelt habe, sich um das Verhältniß der Beklagten unter sich nicht zu bekümmern habe. So lange also diese letztere sich nicht in jener Eigenschaft dem Kläger gegenüber darstellten und dem Klagschlusse sich nicht unbedingt unterziehen, könne der Streit auch nicht als erledigt betrachtet werden, und es bestehe folglich für die Beklagten immer noch die Pflicht, in Vollziehung der ergangenen Richtersprüche die Schuld- und Rechtsversicherung zu leisten. (O. Urth. v. J. 1835.)

VI. Bedingungen: a. Erfüllung.

§. 642. Eine Bedingung wird als erfüllt angesehen, wenn derjenige, zu dessen Gunsten sie festgesetzt wurde, auf dieselbe verzichtet, oder die Erfüllung derselben verhindert.

1. Sowohl die Entstehung des Vertragsverhältnisses, als die Auflösung desselben, kann von einer Bedingung abhängig gemacht werden; im ersten Fall ist dieselbe eine aufschiebende und wird Suspensivbedingung genannt, im letztern eine auflösende und heißt dann Resolutivbedingung. Die „Bedingung" überhaupt ist eine Nebenbestimmung des Vertrages und macht diesen von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses abhängig. Z. B. A verpflichtet sich dem B, er wolle ihm eine Quantität Baumwolle liefern, wenn der amerikanische Krieg beendigt sei. Oder D verspricht dem E Fr. 100. zu zahlen, wenn C als Bürge einstehen wolle. Ist das Ereigniß gewiß, so eignet es sich nicht zur Bedingung, weil dann von Anfang sicher ist, entweder daß das Vertragsverhältniß in Kraft bestehe oder nicht. Die „Suspensivbedingung" insbesondere macht die Entstehung des Rechtsgeschäftes von dem Ereigniß abhängig, d. h. es ist einstweilen noch ungewiß, ob dasselbe jemals zur Wirksamkeit gelangen werde. Der Schuldner ist dann nur eventuell, nämlich für den Fall des Eintritts der Bedingung, gebunden; wenn sie aber nicht eintritt, so ist er frei. Bei der „Resolutivbedingung"

ist die Meinung der Vertragschließenden die, daß, wenn die Bedingung eintrete, das bis dahin in voller Wirksamkeit bestandene Vertragsverhältniß aufhöre, dagegen im Falle des Nichteintrittes der Bedingung fortdauern solle. Hier wird das Ende, wie bei der Suspensivbedingung der Anfang, des Verhältnisses von der Bedingung abhängig gemacht. Z. B. A verpflichtet sich, die übernommene Wohnung auf ein ferneres Jahr miethweise zu behalten, wenn ihm nicht inzwischen die Erbschaft seines Vaters anfallen werde.

2. Die Bedingung wird nach dem Gesetze als erfüllt betrachtet, wenn derjenige, welchem die Nichterfüllung derselben zum Vortheile gereicht, freiwillig auf die Beibehaltung dieser Bedingung verzichtet, oder wenn er die Erfüllung selbst, d. h. böswillig, verhindert. Ist die Bedingung in diesen Fällen eine suspensive (s. Erl. 1.) gewesen, so tritt dann erst das bisher bedingte Rechtsgeschäft ohne Weiteres in Kraft, und war es eine resolutive, so hört das bis dahin wirksam bestandene Verhältniß auf. Wenn die Suspensivbedingung, sei es nun auf diese oder jene Weise, erfüllt ist oder in Folge dieser Gesetzesbestimmung als erfüllt angesehen werden muß, so wird in der Regel das Rechtsgeschäft als wirksam behandelt, wie wenn es von Anfang an als unbedingtes zu Stande gekommen wäre. Z. B. für eine bedingte Schuld wird ein Pfandrecht bestellt — etwa in Form einer Caution — und dasselbe Grundstück später weiter verpfändet für eine andere von Anfang an feste Schuld; dann geht dennoch das erstere Pfandrecht dem letztern vor, sobald es durch den Eintritt der Bedingung Konsistenz gewonnen hat. Die bedingte Forderung geht auch auf die Erben des Gläubigers über und auch in der Regel die bedingte Schuld auf diejenigen des Schuldners, sofern nicht aus der Verabredung oder den Umständen sich das Gegentheil als Meinung der Vertragschließenden ergiebt. Wird die Resolutivbedingung erfüllt, oder muß es nach dieser Gesetzesstelle als erfüllt angesehen werden, so wird das davon abhängige Vertragsverhältniß in seinen Wirkungen möglichst so aufgelöst, als wäre es nie zu Stande gekommen. In manchen Fällen ist diese Zurückführung des ursprünglichen Zustandes freilich nicht möglich. Gesetzt z. B. der Käufer B hat die unter einer Resolutivbedingung erkaufte und ihm übergebene Sache bei schwebender Bedingung zerstört oder als anvertrautes Gut weiter an C veräußert und nun tritt die Bedingung ein, welche den ersten Verkauf rückgängig macht; da ist es nicht mehr möglich, dem ursprünglichen Verkäufer A die Sache unversehrt und einfach zurückzuerstatten; wohl aber ist alsdann B gegen A verpflichtet, alles Mögliche zu thun, um diesem die Sache wieder zu verschaffen und kann er es nicht, dem A Ersatz zu leisten. Vergl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §§. 973 und 976 — 978.

b. Unerlaubte und unerfüllbare.

§. 643. Wird die Erwerbung eines Rechts von einer unerlaubten Bedingung, oder von der Bedingung abhängig gemacht, daß etwas Unmögliches geschehe, so ist das Geschäft nichtig.

Die Bedingung, daß etwas Unmögliches nicht geschehe, wird als nicht beigefügt angesehen.

1. Unerlaubten Bedingung: z. B. A verspricht dem B Fr. 100., wenn B ihm seine Tochter zur Maitresse überlasse, oder wenn B seinen Vater im Elend ohne Unterstützung untergehen lasse, oder wenn **B** einen Diebstahl begehe. Jeder Vertrag der Art ist von vornherein ungültig.

2. Etwas Unmögliches: Hierüber führt „Bluntschli" in seinem Commentar folgende Beispiele an: „Sie (die Bedingung) ist physisch unmöglich, z. B. wenn Titius zum Mond aufsteigt, oder wenn Münchhausen sich selbst an seinem Schopf aus dem Sumpfe zieht, oder wenn ein Blinder die Farben sieht; sie ist juristisch unmöglich, z. B. wenn der unmündige **A** ein Testament macht." Auch in solchen Fällen ist von Anfang an das ganze Geschäft nichtig.

3. Unmögliches nicht geschehe: z. B. unter der Bedingung, daß ich nicht in einer Stunde zwei Saum Champagner trinke, oder daß A während seiner Unmündigkeit kein Testament mache. Hier besteht das Rechtsgeschäft von vornherein als ein gültiges, wie wenn eine solche Bedingung gar nicht aufgestellt worden wäre.

VII. Zeitbestimmung.

§. 644. Ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange des Tages erworben.

Zur Erfüllung einer Verbindlichkeit kommt dem Verpflichteten der ganze bestimmte Tag zu Statten.

1. An einen gewissen Tag: z. B. A verspricht dem B am 15. Juli 1866, vom Neujahr 1867 an solle derselbe fortan ungehindert über seinen Acker gehen dürfen; B erlangt dieses Fußwegrecht mit der ersten Stunde des 1. Januar 1867.

2. Erfüllung einer Verbindlichkeit: Dieser Satz scheint im ersten Augenblicke mit lemma 1. dieser Gesetzesstelle im Widerspruche zu stehen, wenn man nur oberflächlich bedenkt, daß mit der Erwerbung des Rechtes auch die Erfüllung verlangt werden könne. Aber daraus, daß Jemand ein Recht auf die Leistung durch einen Schuldner erwirbt, folgt nicht auch selbstverständlich die Verpflichtung des Schuldners, die Leistung augenblicklich zu erfüllen; ja ist ein bestimmter Tag zur Leistung, z. B. Zahltag, verabredet, so ist der Gläubiger nicht nur nicht berechtigt, vorher Zahlung zu verlangen, sondern das Gesetz gewährt auch noch dem Schuldner seinerseits die Berechtigung, bis zum Ende des Zahlungstages mit der Abtragung seiner Schuld zuwarten zu dürfen, ohne daß ihm durch diese Zögerung ein Rechtsnachtheil erwüchse. Z. B. laut Darlehensvertrag ist B dem A ein verzinsbares Kapital schuldig und dabei der Zinsfuß auf 4 % festgesetzt, wenn mit dem Martinitag der Zins bezahlt werde, sonst aber auf 5 %; der Gläubiger darf nun von ihm vor dem Beginne des 12. Novembers nicht 5 % verlangen.

§. 645. Haben die Vertragschließenden keine Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt, so kann der Berechtigte die Erfüllung sogleich verlangen und der Verpflichtete dieselbe sogleich leisten.

1. Keine Zeit bestimmt: Der Vertrag kann entweder ausdrücklich die Zeit bestimmen, oder mittelbar durch die nähere Bestimmung der Leistung auf dieselbe hinweisen, z. B. durch Be-

zeichnung eines entfernten Ortes der Leistung, an welchen hinzukommen Zeit erfordert wird, oder wenn etwa Arbeiten versprochen werden, die nur in gewisser Zeit vorgenommen werden können. Haben sich die Kontrahenten durch Vertrag noch eine besondere Verständigung hinsichtlich des Zeitpunktes der Erfüllung vorbehalten, so ist, wenn später diese Verständigung nicht zu Stande kommt, die Frist auf Begehren der einen Partei durch den Richter zu bestimmen

2. Sogleich verlangen, indessen zu angemessener Stunde, d. h. welche dem vermögensrechtlichen Verkehr nach Polizeigesetzen und Uebung offen ist, also z. B. nicht in der Nacht, nicht an Sonn- und Festtagen und dergl. Ist eine frühere Kündigung, mit dem Vorbehalte des Stehenlassens des Kapitals im Falle genügender Bestellung von Versicherung von Seite des Schuldners, gemacht worden, so kann später, wenn Letzterer dieser Bedingung nicht nachgekommen ist, weder eine neue Kündigung noch ein weiterer Aufschub verlangt werden.

3. Sogleich leisten: d. h. der Verpflichtete muß das, wenn es der Gläubiger verlangt; er kann es aber auch selbst gegen den Willen des Letztern, wenn er z. B. gerade baares Geld hat und sich der Verpflichtung entledigen möchte, der Berechtigte aber, weil es ein guter und zahlungsfähiger Schuldner, das Kapital lieber länger ausstehen lassen möchte.

VIII. Ort der Erfüllung.

§. 646. Ist der Ort der Vertragserfüllung nicht bestimmt, so sind bewegliche Sachen da zu übergeben, wo das Versprechen gemacht worden ist, und Handlungen da zu vollbringen, wo der Verpflichtete zu der Zeit des Versprechens den Wohnsitz hatte. Unbewegliche Sachen sind an dem Orte zu übergeben, wo sie gelegen, und Geldzahlungen am Wohnsitze des Berechtigten zu leisten, es sei denn, daß er denselben seit der Entstehung der Schuld außerhalb des Kantons verlegt habe.

1. Die Erfüllung muß an dem Orte geschehen, welcher in dem Vertrag ausdrücklich bezeichnet ist; erst wenn der Vertrag keine Bestimmung darüber enthält, kommen die Regeln dieser Gesetzesstelle zur Anwendung.

2. Bewegliche Sachen, im Gegensatze theils zu den unbeweglichen (§. 417.), theils zu den verbrauchbaren Sachen (§. 424.), zu welchen hier vorzüglich das baare Geld gerechnet wird.

3. Ort, wo das Versprechen gemacht, d. h. nicht gerade an der gleichen Stelle, wo die Kontrahenten früher beim Vertragsabschlusse wirklich gestanden sind, aber, sofern keiner von Beiden dort wohnt, wenigstens in der gleichen Gemeinde, wo das Versprechen gemacht wurde; und geschah dies am Wohnorte des Gläubigers, dann in seiner Wohnung; geschah es am Wohnorte des Schuldners, dann muß sich der Gläubiger selbst dorthin begeben, um die Sache in Empfang zu nehmen.

4. Handlungen: d. h. solche, welche weder in der Uebergabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, noch in Geldzahlungen bestehen, also z. B. die Ausführung einer Arbeit.

5. Ueber den Wohnsitz: s. die §§. 33 — 38. sammt den dortigen Erläuterungen.

6. Wo sie gelegen: z. B. bei der Uebertragung des Eigenthums oder Besitzes an einem Grundstücke, oder wenn die Verpfändung einer Liegenschaft oder die Bestellung einer Dienstbarkeit versprochen worden ist. Am gleichen Orte muß auch die Fertigung resp. Eintragung in's Grundbuch oder Hypothekenbuch stattfinden.

7. Bei Geldzahlungen gilt, wenn nicht besondere Verabredungen etwas anderes bestimmen, im Zweifel der Wohnort des Gläubigers als der einverstandene Erfüllungsort, und die allfällige bloße Uebersendung (statt Ueberbringung) des Geldes geschieht auf Kosten und Gefahr des Schuldners. Verlegt aber inzwischen der Gläubiger den Wohnsitz außerhalb den Kanton, so hat er dem Schuldner gegenüber dafür zu sorgen, daß sich an dem bisherigen Erfüllungsorte ein Bevollmächtigter finde, der für ihn die Zahlung in Empfang nehme, oder er muß sich zur Empfangnahme des Geldes selbst an den Wohnort des Schuldners begeben, oder endlich diesen unter genauer Bezeichnung seiner Adresse zur Uebersendung des Geldes auf seine — des Gläubigers — eigene Kosten und Gefahr ermächtigen, da der Schuldner in einem solchen Falle nicht verpflichtet ist, ihn an seinem auswärtigen Wohnorte aufzusuchen. Thut der Gläubiger von allem dem nichts, oder ist er an seinem frühern Aufenthaltsorte nicht zu erfragen, so ist der Schuldner zur gerichtlichen Hinterlegung des Geldes berechtigt, wodurch er von seiner Schuld befreit wird und vom Augenblicke dieser Hinterlegung an die Zinsen zu laufen aufhören.

IX. Auslegung.

§. 647. Ein rechtliches Geschäft ist nach seiner wirklichen Beschaffenheit und nicht nach der Form oder nach dem Namen zu beurtheilen, deren sich die Vertragschließenden aus Irrthum oder deswegen bedient, um das Wesen des Geschäftes zu verbergen.

1. Aus Irrthum: Ein solcher Irrthum ist unwesentlich und hindert weder das Zustandekommen des Vertrages, noch dessen Gültigkeit und Fortdauer im Sinne des eigentlichen wahren Wesens des Geschäftes. Es ist hier indessen nur ein solcher Irrthum gemeint, worin beide Kontrahenten befangen sind; über denjenigen blos des einen unter ihnen s. §§. 622 und 623.

2. Zu verbergen: Bei der Beurtheilung von solchen simulirten Verträgen, sowohl in Form als Inhalt, kommt es nicht darauf an, was die Vertragschließenden blos scheinbar als Willensübereinkunft verkündet, sondern darauf, was sie wirklich gewollt haben. „Simulirte" Verträge heißt man eben solche, welche nur zum Schein eine bestimmte Vertragsform annehmen, während in Wirklichkeit von beiden Theilen ein anderer Vertrag gewollt wird. Z. B. A verkauft dem B eine Sache um einen bestimmten Preis, und B wird den Kaufpreis schuldig; das ist ein Kaufsvertrag, welcher aber unter dem Schein eines Darlehensgeschäfts, wie wenn A dem B die Summe dargeliehen hätte, täuschend verborgen werden kann; dann ist der Darlehensvertrag ein simulirter, und das Geschäft sowohl in der Form als im Inhalt als Kaufsvertrag zu beurtheilen.

3. Hinsichtlich der Form insbesondere wird ein solches aus

Irrthum oder Simulation rechtlich unrichtig abgeschlossenes Geschäft nicht nach derjenigen Form beurtheilt, deren sich die Kontrahenten bedienen, sondern nach derjenigen, deren sie sich dem Wesen des Geschäftes nach hätten bedienen sollen. Haben sie z. B. zufällig dem Geschäft den Namen eines Vertrages gegeben, für den gesetzlich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, ist aber in Wirklichkeit das Rechtsgeschäft ein solches, für welches das Gesetz keine besondere Form vorschreibt, so wird dasselbe wegen der Außerachtlassung jener gesetzlichen Form für das blos irrthümliche oder simulirte Geschäft nicht ungültig; wohl aber, wenn das Verhältniß gerade umgekehrt ist.

§. 648. Zweideutigen Worten muß der Sinn beigelegt werden, welcher für den Verpflichteten günstiger ist, insofern die Absicht der Vertragschließenden aus dem Zusammenhang aller Vertragsbestimmungen nicht mit Sicherheit erkannt werden kann.

Ueber den Fall, wo die Auslegung eines schriftlichen Vertrages aus der Deutung der mündlich gebrauchten Ausdrücke versucht wird, s. die Erl. 2. zu §. 635.

X. Erfüllung: a. Gegenseitigkeit.

§. 649. Der vertragschließende Theil, welcher den andern zu Erfüllung des Vertrages anhalten will, muß den Vertrag von seiner Seite erfüllt haben, oder sich bereit zeigen, denselben zu erfüllen; es sei denn, er habe nach der Natur, oder nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Vertrages seine Verpflichtung erst später zu erfüllen.

1. Erfüllt haben, oder sich bereit zeigen: Z. B. A und B versprechen einander gegenseitig, der eine für den andern eine Arbeit auszuführen; da kann keiner den andern zur Erfüllung der seinigen zwingen, ehe er die übernommene Arbeit ausgeführt oder sich bereit erzeigt hat, sie auf der Stelle in Angriff zu nehmen.

2. Nach der Natur des Vertrages: Wer z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel machen läßt, kann nicht zur Bezahlung des Arbeitslohnes angehalten werden, ehe die Stiefel verfertigt sind.

§. 650. Die Nichterfüllung des Vertrages von Seite des einen Theils giebt dem andern das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn es sich aus der Natur oder einer ausdrücklichen Bestimmung des Vertrages ergiebt, daß die Zeit, der Ort oder die Weise der Erfüllung eine wesentliche Vertragsbestimmung gewesen, oder ihn das Gesetz zum Zurücktritte ermächtigt. In jedem Falle haftet der säumige Theil für den Schaden, welchen er dem andern durch seine Säumniß verursacht.

1. Aus der Natur des Vertrages: a. hinsichtlich der Zeit: z. B. wer ein Hochzeitskleid machen läßt und den Tag der Hochzeit bestimmt angiebt, ist dem Schneider nicht schuldig, das Kleid zu bezahlen, wenn er es erst nachher bringt; b. hinsichtlich des Ortes: z. B. ich bestelle einen Maurer zur Reparatur eines baufälligen Hauses; derselbe läßt sich dann aber entschuldigen, nicht persönlich hinkommen zu können; da brauche ich keinen Stellvertreter anzunehmen, wenn ich nicht will, und kann vom Vertrage zurücktreten;

c. hinsichtlich der Weise: z. B. es wird von einem Kupferstecher ein Gesell in Lohn genommen; später zeigt sich aber, daß dieser nur das Lithographiren versteht.

2. Das Gesetz: s. die §§. 664., 665 und 676.

3. Säumniß: Diese wird in solchen Verhältnissen auch mit dem Rechtsausdrucke „Verzug" benannt. So ist z. B. der Schuldner im Verzug, wenn er ungeachtet der erhaltenen Mahnung von Seite des Gläubigers, oder auch nach abgelaufenem bestimmt festgesetztem Zahlungstermin mit der fälligen Leistung zögert; anderseits der Gläubiger, wenn er die angebotene fällige Leistung ohne zureichenden Grund anzunehmen sich weigert. Je nachdem eine böse Absicht oder nur Fahrlässigkeit der Grund der Zögerung oder Nichterfüllung des Vertrages von der einen oder andern Seite war, besteht der zu leistende Schadenersatz im erstern Falle in der Vergütung des entstandenen Nachtheils und entgangenen Gewinnes, im letztern Falle im einfachen Ersatze des erlittenen Schadens; vrgl. die §§. 798 — 800.

XI. Zins.
a. Begriff.

§. 651. Unter Zins wird Alles verstanden, was sich der Gläubiger in Betreff der Menge, der Art oder Güte mehr bedingt, als er gegeben, oder was er von dem Schuldner mehr annimmt, als was derselbe von ihm empfangen.

Zinse sind eine Vergütung, welche Jemandem für die von ihm gewährte oder ihm vorenthaltene Nutzung einer Quantität vertretbarer Sachen, nach Verhältniß des Betrages und der Zeitdauer, in gleichartiger Leistung zukommt. Die Zinsverbindlichkeit setzt stets eine Hauptschuld voraus, deren Gegenstand in vertretbaren Sachen, vorzüglich Geld, besteht; die Zinsen sind alsdann eine juristische Frucht dieser Hauptforderung. Aus verschiedenen Gründen kann sich die Zinsverbindlichkeit von selbst, kraft gesetzlicher Vorschrift, mit einer zinsfähigen Hauptschuld verbinden, als sog. gesetzliche Zinsbarkeit; oder sie kann, immer unter Voraussetzung einer solchen Hauptschuld, durch Vertrag zwischen dem Hauptgläubiger und Hauptschuldner begründet werden; s. den folgenden §. 652.

b. Fälle der Verzinslichkeit.

§. 652. Eine Schuld ist nur dann verzinslich, wenn sie das Gesetz dafür erklärt, oder wenn der Schuldner den Zins versprochen hat.

Die Zinse sind Früchte des Kapitals; dieses hat daher den Charakter einer fruchttragenden Sache. Nun giebt es aber je nach dem Entstehungsgrund zwei Arten von Zinsen: a. gesetzliche: d. h. die Zinspflicht ist alsdann als nothwendige Folge eines Schuldverhältnisses durch das Gesetz vorgeschrieben. Von der Art sind besonders wichtig die sog. „Verzugszinse" (s. §. 653.); die übrigen Fälle (s. §§. 654 — 657. b. vertragsmäßige: d. h. welche auf Vertrag des Gläubigers und Schuldners beruhen, wie solche am gewöhnlichsten bei Geldbarlehen verabredet werden.

§. 653. Ist für eine Geldforderung kein Zins versprochen, aber ein Verfalltag festgesetzt, so wird die Forderung von diesem Tage an zinstragend.

1. Die Hauptanwendung der gesetzlichen Zinse sind die in dieser

Gesetzesstelle vorgeschriebenen, d. h. die Verzugszinse, zu denen der Schuldner verpflichtet wird, wenn er mit Rücksicht auf die Zahlung eines sonst unverzinslichen Kapitals in „Verzug" (s. Erl. 3. zu §. 650.) geräth. Ist ein bestimmter Zahlungstermin für die Geldforderung verabredet, z. B. auf Martini 1866 soll dieselbe bezahlt werden, so weiß der Schuldner, daß der Gläubiger auf diesen Verfalltag die Zahlung erwartet. Deshalb ist die Versäumniß des Termins von Seite des Schuldners eine Rechtsverletzung gegen den Gläubiger und der Schuldner hat die Folgen seines Verzuges zu tragen, welche eben darin bestehen, daß vom Verfalltage an für eine bis dahin nicht zinstragende Forderung Zinsen zu zahlen sind. Ueber den daherigen Zinsfuß s. §. 658.

2. s. die Erl. 2. zu §. 660.

§. 654. Wer durch Uebernahme einer Liegenschaft Schuldner einer Geldsumme wird, hat dieselbe vom Tage der Uebernahme an zu verzinsen.

Ist über die Verzinsung des Kaufpreises von verkauften Liegenschaften keine besondere Verabredung getroffen, so ist anzunehmen, dieselbe verstehe sich erst von der Zeit der eigentlichen „Uebergabe" an. Nach §. 512. des A. B. G. findet aber die Uebergabe und Uebernahme des Eigenthums einer unbeweglichen, durch Vertrag erworbenen Sache durch die Eintragung in das öffentliche Buch statt; mithin ist unter dem Ausdruck „Uebernahme" des §. 654. die Zufertigung zu verstehen, die Kaufsumme also im Zweifel vom Fertigungstage an zu verzinsen. Jedoch bleibt es den Kontrahenten unbenommen, über die Verzinsung andere Verabredungen zu treffen, und es geschieht mitunter, daß dieselbe ohne Rücksicht auf den Tag der Fertigung vom Kaufsabschluß, oder von dem Zeitpunkte des Fruchtgenusses (dem Eintritte in den eigentlichen Besitz der Sache), oder sogar erst von der ersten Ratazahlung an, gefordert wird. Haben aber die Kontrahenten nichts Näheres bestimmt, so ist die gesetzliche Vorschrift maßgebend. Ueber den Zinsfuß s. §. 658.

§. 655. Geldforderungen eines Erben an seinen Miterben, sofern dieselben aus der Erbschaftstheilung entstehen, sind vom Tage der Theilung an zinstragend.

Ueber den Zinsfuß s. §. 658.

§. 656. Wer ohne Erlaubniß fremdes Gut zu seinem Gebrauche verwendet, hat dasselbe vom Tage der Verwendung an, oder wenn es sogleich hätte abgeliefert werden sollen, vom Tage an, an dem er es bezogen, zu verzinsen.

1. Fremdes Gut: Hieher gehört auch der Fall, wenn Jemand eine ihm blos zu einem bestimmten Gebrauche überlassene Sache anders und längere Zeit benutzt, als ihm gestattet worden war; oder wenn ein bloßer Aufbewahrer (Deponent) die ihm nur zur Aufbewahrung übergebene Sache selber gebraucht und daraus Nutzen zieht.

2. Sogleich hätte abgeliefert werden sollen: wie z. B. eine gefundene Sache, deren Eigenthümer der Finder kennt.

3. Ueber den Zinsfuß s. §. 658.

§. 657. Mitglieder einer Erwerbsgesellschaft sind berechtigt, für Geldsummen, die sie für die Gesellschaft verwenden, vom Tage der Verwendung an Zins zu fordern. Ebenso sind die Mitglieder der Gesellschaft verpflichtet, für Summen, die sie der Gesellschaft schuldig werden, den Zins zu bezahlen.

1. Erwerbsgesellschaft, d. h. eine solche, die sich durch Vertrag zum Zwecke eines gemeinschaftlichen Vermögenserwerbes gebildet hat, gegenüber einer Gesellschaft zum bloßen Vergnügen oder einem gemeinnützigen oder Kunstzwecke; namentlich also die Handelsgesellschaften.

2. Ueber den Zinsfuß s. den folgenden §. 658.

c. Zinsfuß.

§. 658. Wenn der Schuldner einen Zins versprochen hat, die Größe desselben aber nicht bestimmt wurde, so sind Vier vom Hundert jährlich zu bezahlen. Diese Vorschrift gilt auch für jene Schulden, welche das Gesetz zinstragend erklärt.

Das Gesetz: also in den Fällen der §§. 653 — 657.

§. 659. Ein größerer Zins als Fünf vom Hundert darf weder bedungen noch gefordert werden.

Jedoch können Handelsleute unter sich für die aus ihren Handelsgeschäften entstandenen Forderungen einen Zins bis auf Sechs vom Hundert berechnen.

Aus ihren Handelsgeschäften: Auch ein Handelsmann darf daher von Personen, die nicht mit ihm im Handelsverkehr stehen, höchstens 5 % bedingen oder fordern; ja selbst von mit ihm in Handelsverbindung stehenden Geschäftsleuten nur 5 % bei solchen Forderungen, die z. B. nur auf Privatdarlehen, nicht aber auf dem Geschäftsverkehre selbst beruhen.

d. Zinseszinse.

§. 660. Von Geld- oder Lehenzinsen darf kein Zins gefordert werden.

1. Lehenzinsen: seien es Pacht- oder Mieth- oder Grund- (Boden-) zinse.

2. Auch von Verzugszinsen (s. §. 653.) dürfen dem Sinne der Gesetzesstelle nach nicht wieder Zinse gefordert werden. Wenn nämlich Zinse, und nicht Kapitalien, an einem bestimmten Verfalltage zu bezahlen sind, und der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so darf der Gläubiger in diesem Falle keine Verzugszinse im Sinne des §. 653. fordern.

3. Demgemäß ist auch die vorherige Uebereinkunft, daß die Zinse zum Kapital geschlagen und mit diesem weiter verzinset werden sollen, unzulässig. „Bluntschli“ bemerkt im Allgemeinen über das Verbot der Zinseszinse Folgendes: „Das gegen den Wucher gerichtete römisch-rechtliche Verbot der Zinse von Zinsen, des sogenannten anatocismus, geht weiter. Zwar ist es auch nach römischem Recht erlaubt, die bezahlten Zinse wieder als Kapital anzulegen und zinsbar zu machen nicht blos durch Darlehen an einen Dritten, sondern ebenso durch neues Darlehen an den bisherigen Schuldner. Aber es mißbilligt ebenso, wie die zuvorgeschehene Verabredung, künftige Zinse, wenn sie nicht bezahlt werden, zu Kapital zu schlagen, die nachherige Uebereinkunft, bereits fällige Zinse ohne vorherige Bezahlung derselben

zur Vermehrung des zinstragenden Kapitals zu verwenden. In gewisser Beziehung sind sich die beiden Fälle gleich. In beiden wird der Schuldner für den Augenblick geschont, für die Zukunft aber schwerer belastet, und wenn das öfter geschieht und auf lange Zeit hin die Anhäufung der Zinseszinse fortdauert, so wächst in beiden Fällen die Kapitalschuld übermäßig an, so daß der lässige Schuldner von der Last erdrückt werden muß. Aber es ist doch ein Unterschied zwischen beiden Fällen, der groß genug ist, um den ersten Vertrag zu untersagen, den zweiten nicht: Die vorherige Verabredung nämlich wirkt auf eine ungewisse Zukunft hin, welche für den Schuldner um so drohender ist, je weniger er sie übersieht, und ihre Wirkung geht in's Unbegrenzte, Riesenhafte. Die nachherige Uebereinkunft dagegen übersieht den Zustand der gegenwärtigen Schuld vollständig und bestimmt nur diesen in unbegrenzter Weise für die Folge. Der Schuldner weiß hier genau, was er thut, im erstern Falle aber begiebt er sich in eine unbemessene und unaufhaltsam steigende Gefahr."

§. 661. Ist ein Ueberzins (§§. 659 und 660.) bezahlt worden, so kann er zurückgefordert werden.

Zurückgefordert: Nämlich vom Schuldner oder seinen Erben, sofern seit der Bezahlung des Ueberzinses an den Gläubiger noch nicht zehn Jahre verflossen sind.

XII. Währschaft: a. Inhalt.

§. 662. Wer einem Andern eine Sache gegen Entgeld übergiebt, hat diesem Währschaft zu leisten:

1) **daß er die Sache nach der Natur des Geschäftes oder der ausdrücklichen Bestimmung des Vertrages behalten und benutzen dürfe;**
2) **daß die Sache diejenigen Eigenschaften habe, welche bei Sachen dieser Art stillschweigend vorausgesetzt werden, oder die er ihr im Vertrage ausdrücklich beigelegt;**
3) **daß die Sache mit keinen verborgenen Mängeln behaftet sei, welche sie zu dem ordentlichen Gebrauche untüchtig machen;**
4) **daß Dritte keine Rechte gegen ihn geltend machen können, die zur Zeit der Uebergabe der Sache bereits auf derselben gehaftet und die ihm in dem Vertrage nicht angezeigt worden.**

1. Gegen Entgeld übergiebt: Hieher gehört nicht allein die Abtretung einer Sache zu Eigenthum gegen Geld (als Verkauf) oder gegen eine andere Sache (als Tausch), sondern auf die bloße Uebergabe zur Benutzung (wie z. B. bei der Miethe und Pacht). Bei einer unentgeldlichen Uebergabe der Sache, sei es zu Eigenthum (wie bei der Schenkung) oder nur zum Gebrauche (wie bei dem Leihvertrag, §. 700.), hat der Uebergeber höchstens Schadensersatz, und zwar nur dann zu leisten, wenn er dem Uebernehmer böswilliger Weise eine Sache in dem Zustande übergiebt, daß sie diesem einen Schaden verursacht, wie z. B. ein ausschlägiges Pferd, ohne dem Andern von dieser Eigenschaft Kenntniß zu geben, so daß dieses beim ersten Anspannen den Wagen zerschlägt und das Geschirr zerreißt; oder verstecktes Pulver im übergebenen Gegenstande, wo-

durch eine Explosion entsteht, ꝛc. Betreffend der Währschaft bei der Cession (Abtretnng und Anweisung) für eine abgetretene oder angewiesene Forderung gelten ferner die besondern Vorschriften der §§. 583, 821 — 825, 827, 831 und 832.; ebenso für das Liegenschaftsmaß bei Käufen: der §. 681.; für übernommene Schuldtitel bei Erbtheilungen: der §. 992.; und für nachträgliche Schulden der Erbschaft: der §. 994. Endlich besteht speziell bezüglich der Währschaft für die Mängel des Viches ein besonderes Gesetz: s. §. 666. und Anhang.

2. Ad Ziffer 1.: a. Nach der Natur des Geschäfts: z. B. bei der Uebergabe eines Grundstücks zur Pacht haftet der Verpächter, weil hier keine Veräußerung vorliegt, nicht dafür, daß der Pächter die Sache im ungestörten Eigenthum behalten dürfe, sondern nur dafür, daß ihm Niemand seine Rechte als Pächter streitig machen könne, was u. A. dann der Fall wäre, wenn ein Dritter am fraglichen Grundstücke das Fruchtnießungsrecht besäße. b. Im Allgemeinen: der Uebergeber ist verpflichtet, dem Uebernehmer sowohl dafür Gewähr zu leisten, daß dieser das vertragsmäßig erworbene Recht wirklich erlangt habe, als daß er im ungestörten Besitz der Sache bleiben könne, so lange als nach der Natur des Geschäfts oder der ausdrücklichen Bestimmung des Vertrages dieser Besitz statthaft ist. Beim Verkauf z. B. hat der Verkäufer auch dafür einzustehen, daß außer ihm keine anderen Miteigenthümer an der Sache vorhanden seien und er diese daher dem Käufer mit vollem Rechte allein zu Eigenthum abzutreten befugt sei.

3. Ad Ziffer 2. a. „Stillschweigend vorausgesetzt“: In der Regel wird die Voraussetzung aus der Natur des Geschäfts sich ergeben; unter Umständen muß aber auch auf subjektive Verhältnisse Rücksicht genommen werden. Z. B. es wird eine Waare verkauft, die wegen schlechten Gusses alsobald beim Gebrauche zerbricht, oder ein eiserner Ofen, der beim Heizen springt; möglicherweise kann der Verkäufer von diesen Mängeln keine Kenntniß haben, und dennoch haftet er, weil nach der Natur des Geschäfts die gehörigen Eigenschaften der Waare vorausgesetzt sind. b. Ausdrücklich beigelegt: z. B. es wird eine Waare ausdrücklich als zur ersten Qualität gehörend um einen theurern Preis verkauft, aber es zeigt sich hernach, daß sie blos zur schlechten Qualität gehört habe.

4. Ad Ziffer 3: Geringfügige Mängel und Fehler kommen hier nicht in Betracht, sofern sie die Sache zum ordentlichen Gebrauche nicht eigentlich untauglich machen und vom Uebergeber die Waare im Sinne von Ziffer 2. nicht mit der ausdrücklichen Versicherung übergeben wurde, daß gar keine verborgenen Mängel vorhanden seien.

5. Ad Ziffer 4.: Die Gewähr des Verkäufers z. B. einer Liegenschaft bezieht sich auch auf dingliche Beschwerden, wie Dienstbarkeiten, Pfandrechte u. s. w., welche dem Käufer nicht angezeigt worden und die ihm bei dem Kaufe unbekannt geblieben sind.

6. Das h. Obergericht war im Falle, die Frage zu entscheiden: ob, nachdem einem Kläger, welcher von dem Beklagten einen Hausantheil nebst zwei Gartenbeeten gekauft, eines dieser Gartenbeete

durch gerichtliches Urtheil wieder entzogen und als Eigenthum einem Dritten zugesprochen worden, diese theilweise Entwährung des Kaufsgegenstandes das Begehren um Aufhebung des Kaufsvertrages rechtfertige? An der Hand der §§. 662. lemma 1. und 664. wurde diese Frage bejaht aus folgenden Gründen: Es zeige sich nämlich an dem Kaufsgegenstand der Gewährsmangel, daß der Käufer einen Theil desselben nicht behalten dürfe, weil dieser Theil nicht Eigenthum des Verkäufers, sondern eines Dritten gewesen. Da Kläger behaupte und vom Beklagten unbestritten geblieben sei, daß dieser Gewährsmangel nicht gehoben werden könne, mithin ein nicht zu hebender Gewährsmangel vorliege, so müsse dem Kläger auch die Wahl oder Befugniß eingeräumt werden, den Vertrag aufzuheben; denn die Bestimmung des §. 664. müsse offenbar auf alle vier lemma des §. 662. bezogen werden. (O. R. 1857 S. 18.)

7. Eine Gemeinde bestand in einem Geldstage ein Haus; im daherigen Hauskaufe befand sich die Bestimmung, daß dasselbe um Fr. 750. assekurirt sei. Später wurde das erwähnte Haus von der Gemeinde wieder veräußert; auch der Veräußerungsvertrag enthielt die Anführung, daß das Haus um Fr. 750. brandversichert sei und wurde mit der gleichen Bestimmung dann auch dem Käufer zugefertigt. Bald nach der Fertigung wurde das Gebäude ein Raub der Flammen, und als es sich um Ausrichtung des Entschädigungsbetrages gehandelt. stellte es sich heraus, daß dasselbe nur um Fr. 150. versichert gewesen, welcher Betrag dem Käufer von der Brandassekuranzkasse auch ausbezahlt worden; es erzeigte sich nämlich, daß, nachdem die Gemeinde das Haus im Geldstage unter dem Schatzungswerthe erstanden, eine Herabsetzung der Versicherungssumme bis auf den genannten Betrag stattgefunden. Der Käufer klagte nun dahin: die Gemeinde habe dem verkauften Gebäude ausdrücklich die Eigenschaft beigelegt, daß es zu Fr. 750. versichert sei; da nun ein entgeldliches Geschäft, ein Kauf, in Frage liege, so sei die Gemeinde nach §. 662. zur Währschaft verpflichtet, und diese Pflicht bestehe nach §. 664. darin, daß dem Käufer der erwachsene Schaden, hier Fr. 600. betragend, ersetzt werde. Das h. Obergericht befand hierüber im Wesentlichen: der Kläger berufe sich zur Geltendmachung seiner Klage auf Ziffer 2. des §. 662., welcher laute (s. oben). Die eigentliche Rechtsfrage drehe sich daher um die Entscheidung, ob die im Kaufsvertrage und bei der Fertigung desselben angegebene Versicherung des verkauften Hauses zu Fr. 750. als eine solche Eigenschaft anzusehen sei, welche die Leistung der Währschaft für den Ersatz des Schadens von Fr. 600. begründe. Die Bezeichnung der Assekuranzsumme in einem Kaufsvertrage über ein Gebäude sei nun vor Allem keine Eigenschaft, welche „bei Sachen dieser Art stillschweigend vorausgesetzt“ werden dürfe, denn der wahre Werth eines Hauses sei nicht durch die Brandschätzung bedingt; somit falle der erste Satz der Ziffer 2. des §. 662. außer weiteren Betracht und es handle sich nur darum, ob die zweite alternative Bedingung hier zutreffe. Hiebei theile sich die Untersuchung wieder in zwei Punkte, den nämlich, ob die Angabe der Versicherung überhaupt nur eine „Eigenschaft“ des

verkauften Hauses bilde, und sodann, ob dem letztern diese Eigenschaft von dem Verkäufer ausdrücklich beigelegt worden sei. In Beziehung auf den ersten Punkt sei nun in Erwägung zu ziehen, daß der Assekuranzwerth eines Gebäudes im eigentlichen Sinne des Wortes nicht als eine Eigenschaft desselben bezeichnet werden könne. Der Begriff des Wortes setze nämlich voraus, daß dem Gegenstand, um welchen es sich handle, etwas innewohne, das entweder in seiner physischen Substanz oder im Komplexe seiner Berechtigung überhaupt enthalten sei. Ein solches sei aber die Angabe der Assekuranzsumme nicht. Die Bestimmung derselben hänge nicht von der Willkür des Eigenthümers ab, sondern vom Gesetze und den daherigen Vorschriften, und stehe dieselbe auch mit dem eigentlichen Kaufswerthe nicht in einem absolut maßgebenden Verhältnisse. Daraus ergebe sich, daß wenn der Verkäufer auch die Versicherungssumme beim Kaufe angebe, es nicht in seiner Absicht liegen könne, dem Käufer dafür Währschaft zu leisten. Aber auch abgesehen hievon sei es schwer, mit Grund zu behaupten, daß der Verkäufer im vorliegenden Falle die angebliche Eigenschaft der Versicherung um Fr. 750. dem fraglichen Hause ausdrücklich beigelegt habe. In dem Kaufsaufsatze sei das „Verkaufte" folgendermaßen bezeichnet: „Das der Verkäuferin aus dem Geldstage eigenthümlich zugefallene Heimwesen, bestehend in einem Wohnhaus und mehreren Grundstücken, wie es in dem daherigen Erwerbsakt geschrieben ist." Die Verkäuferin beziehe sich also hier einfach auf ihren Erwerbsakt selbst, und zwar nur zum Behufe der Beschreibung des Kaufsgegenstandes, nicht aber um dem letztern ein für allemal eine Eigenschaft beizulegen. In Folge dieses Kaufsaufsatzes enthalte dann die Kaufskopie die namentliche Aufzeichnung der Versicherungssumme von Fr. 750.; allein auch dieses sei wiederum nicht als ausdrückliche Beilegung einer Eigenschaft anzusehen, sondern erstelle sich als bloßes Referens des im ersten Aufsatze angeführten Relatum der Beschreibung. Bestehe nun aber keine positive Vorschrift, daß der Verkäufer dem Käufer für die Versicherung eines Gebäudes Gewähr leisten müsse, so könne eine solche Pflicht auch nicht aus einer bloßen derartigen Erwähnung im Kaufsvertrage gefolgert werden. Das h. Obergericht verwarf demnach die Klage als unbegründet. (O. R. 1861. S. 26.)

8. S. die Erl. 2. zu §. 516.

b. Regreß.

§. 663. Der Uebernehmer kann nur von demjenigen Währschaft fordern, von welchem er die Sache erhalten; diesem steht der Rückgriff auf seinen Vorgänger zu.

1. Z. B. A kauft von B eine Sache und veräußert sie alsobald wieder an C; C gebraucht dieselbe und entdeckt, daß sie nicht die ausbedungenen Eigenschaften hat. Hier kann C nur von A Währschaft fordern; dem A steht aber dann das Recht zu, hiefür von seinem Vorgänger B — als dem ersten Währschaftsträger — Schadenersatz zu verlangen.

2. S. die Erl. 2. zu §. 516.

c. Wirkungen.

§. 664. Zeigen sich an dem Vertragsgegenstande Gewährsmängel, die von dem Gewährsmann nicht gehoben werden

können, so hat der Uebernehmer die Wahl, entweder den Vertrag aufzuheben oder Ersatz des Schadens zu verlangen.

Lassen sich hingegen die Gewährsmängel heben, so hat der Uebernehmer nur das Recht, den Gewährsmann zu Hebung derselben und zum Ersatze des Schadens anzuhalten.

1. Nicht gehoben werden können: Z. B. A verkauft dem B ein Grundstück von zwei Jucharten; später macht C Eigenthumsanspruch auf eine dieser verkauften Jucharten, weist sein Eigenthum nach und will dasselbe nicht auch seinerseits den B überlassen. B hat die Währschaftsforderung gegen A, und zwar steht dem Erstern frei, ob er den ganzen Kauf rückgängig machen, oder ob er die eine unentwährte Jucharte behalten und von A für die entwährte Schadensersatz verlangen wolle; dieser Schadensersatz besteht durchschnittlich in dem Minderwerthe, den die Sache durch ihre theilweise Entwährung erlitten hat.

2. Lassen sich die Gewährsmängel heben: z. B. im Falle der Erl. 1. würde C seine Einwilligung zur Eigenthumsüberlassung der von ihm angesprochenen Jucharte an B ertheilen. Alsdann dürfte B nicht von seinem mit A abgeschlossenen Kaufsvertrage zurücktreten, wohl aber den A dazu anhalten, daß er für die Eigenthumsübertragung des C an A sorge und ihm — dem B — den durch den vorherigen Einspruch des C erlittenen Schaden ersetze. Der daherige Schadensersatz wird theils nach der Länge der Zeit bemessen, binnen welcher der Uebernehmer die übergebene Sache nicht gehörig antreten und benutzen kann, wie z. B. im angeführten Beispiele, theils nach dem Grade der Möglichkeit der naturgemäßen Benutzung der Sache überhaupt, bis die daran gehafteten Mängel gehoben sind; überdies fallen dem Gewährsmanne sämmtliche diesfalls entstandene Kosten zur Last.

3. S. die Entscheidungen in Erl. 6 und 7. zu §. 662.

§. 665. Wenn der Uebernehmer der Sache wegen eines Gewährsmangels Aufhebung des Vertrages oder Schadensersatz verlangen will, so hat er binnen der Frist eines Jahres von dem Zeitpunkte an, in welchem der Gewährsmangel ihm bekannt geworden, die Klage anzubringen. Nach Ablauf von zehn Jahren vom Abschlusse des Vertrages an hört jede Währschaftspflicht auf. (§. 852.)

Die Verjährung solcher Währschaftsklagen liegt im Interesse der Rechtssicherheit. Die kürzere Verjährungsfrist von einem Jahre wird von der Entdeckung des Mangels durch den Uebernehmer an gerechnet. Man nimmt an, der Zeitraum bis zur Entdeckung daure durchschnittlich nicht so lange, und wenn einmal der Mangel entdeckt sei, so könne der Uebernehmer ohne Verzug die gehörigen Schritte thun, um entweder eine Verständigung herbeizuführen oder die Klage selbst einzuleiten. Da indessen diese Verjährung nur da hilft, wo der Uebernehmer die Einsicht der Waare erlangt hat, nicht aber da, wo er sie allfällig gar nicht besehen und in seinen Gewahrsam gebracht, sondern z. B. schnell weiter veräußert hat, so bedarf es im Sinne des §. 852. noch der allgemeinen weitern Verjährungsfrist, um nach

so langer Dauer den ersten Gewährsmann vor nachherigen, dannzumal meist chikanosen, Anfechtungen zu schützen. Ueber die Grundsätze der Verjährung im Allgemeinen: s. die §§. 849 — 861.

d. Mängel des Viehes.

§. 666. **Bezüglich der Währschaft für die Mängel des Viehes verfügt ein besonderes Gesetz.**

1. Des Viehes: Außer dem Rindvieh betrifft diese Bestimmung auch das Pferdegeschlecht.

2. Besonderes Gesetz: Die daherigen Verordnungen sind enthalten im „eidgenössischen Konkordate über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel", durch Aargauisches Dekret in Vollzug gesetzt auf den 1. August 1853 und zur gesetzlichen Kraft für den Aargau erhoben (s. Anhang.).

Verzicht auf Einwendungen.

§. 667. **Allgemeine Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrages sind ohne Wirkung.**

Z. B. es wird verabredet, daß später keiner der Kontrahenten den abgeschlossenen Vertrag anfechten dürfe; dieser Verabredung ungeachtet darf hernach jeder von ihnen auf Ungültigkeit des Vertrages klagen, wenn er sich auf einen Umstand berufen kann, in Folge dessen laut Gesetz der Vertrag wirklich nichtig wäre. Die Währschaftsverpflichtung darf jedoch speziell wegbedungen werden, wenn der Währschaftsberechtigte beim Vertragsabschlusse dazu seine ausdrückliche Zustimmung giebt; und ebenso steht es den Kontrahenten frei, zu bestimmen, daß der Vertrag aus diesem oder jenem einzelnen, von ihnen bestimmt bezeichneten Grunde nicht aufgehoben werden dürfe.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Kaufsvertrage.

1. Begriff.

§. 668. **Der Vertrag, durch welchen Jemand einem Andern eine Sache um bestimmten Preis als Eigenthum überläßt, ist ein Kaufsvertrag.**

1. Der Kaufsvertrag besteht darin, daß der eine (der Verkäufer) sich verbindlich macht, dem andern (dem Käufer) einen gewissen Vermögensgegenstand eigenthümlich zu überlassen, und dieser dafür einen Geldpreis als Gegenleistung verspricht. Wesentlich ist also 1) einerseits ein in Geld bestimmter Preis, wenn auch in Verbindung mit einer Nebenleistung anderer Art; doch kann auch die Festsetzung des Preises von einem noch unbekannten oder unbestimmten Umstande abhängig gemacht, insbesondere in das Ermessen eines bestimmten Dritten gestellt sein, wodurch dann der Kauf bedingt wird, ja sogar unbestimmt in das billige Ermessen eines unparteiischen Sachverständigen und in diesem Sinne selbst in das Ermessen eines der Kontrahenten. 2) Anderseits ein Kaufgegenstand, welcher nicht blos eine Sache im engern Sinne sein kann, sondern auch jeder andere überhaupt veräußerliche Vermögensgegenstand, z. B. irgend ein Recht oder dessen Ausübung, oder eine Forderung, auch ein ganzer Vermögensinbegriff (eine Sachgesammtheit), desgleichen eine Mehrheit

gleich- oder verschiedenartiger Sachen. Die Sache, welche Gegenstand des Kaufes ist, kann sowohl eine fremde als eine dem Verkäufer gehörige sein; doch ist ungültig der Kauf einer entwendeten Sache, wenn Käufer und Verkäufer darum wissen, und nicht bindend für diesen, wenn blos jener darum weiß. Wird die fremde Sache später dem Käufer entwährt, so kann dieser gegenüber dem Verkäufer das Währschaftsrecht (§. 664.) ausüben. Unwirksam ist auch, es sei denn der Käufer über die Eigenschaft der Sache im Irrthum, der Kauf einer öffentlichen Sache (§. 415.) durch einen Privaten, sowie einer Sache, deren Kauf oder Verkauf überhaupt oder den betreffenden Personen insbesondere (wie z. B. der Ehegatten unter sich nach §. 680.) gesetzlich verboten ist. Der Kauf ist als abgeschlossen (perfekt) zu betrachten, sobald die Vertragschließenden über Gegenstand und Preis einig geworden, es sei denn der Vertrag noch von einer Suspensivbedingung (s. die Erl. 1. zu §. 642.) abhängig gemacht.

2. Ueber die Grundsätze betreffend den Kaufsvertrag läßt sich ein obergerichtliches Urtheil also vernehmen: „Um zu wissen, wann überhaupt ein Kauf als abgeschlossen zu betrachten sei, müsse in Erwägung gezogen werden, daß allerdings das dingliche Recht, das Eigenthum an einer beweglichen Sache, vom Käufer erst durch die Uebergabe und — wenn nicht auf Borg gehandelt worden — erst nach Bezahlung des Kaufpreises erworben werde; allein die Frage nach dem Zeitpunkt der Erwerbung des Eigenehums durch den Kauf sei keineswegs gleichbedeutend mit derjenigen, wann das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Kaufsvertrag, vollendet, somit für die Vertragschließenden verbindlich sei und alle rechtlichen Wirkungen desselben für die Parteien eintreten. Der Kaufsvertrag sei vielmehr schon vollendet, sobald die Uebereinstimmung beider Thetle über den Kaufsgegenstand und den Kaufspreis vorhanden sei. Von diesem Augenblick an gehe denn auch die Gefahr hinsichtlich der verkauften Sache, sowie alle Vortheile derselben, auf den Käufer über, selbst wenn er sich noch nicht im Besitze der verkauften Sache befinden sollte." (O. Urth. vom 5. April 1838.)

3. Zum Wesen eines gültigen und unter den Contrahenten rechtsverbindlichen Kaufsvertrages ist nicht erforderlich, daß der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses schon Eigenthümer der verkauften Sache gewesen sein müsse; s. die wichtige Entscheidung in Erl. 5. zu §. 512.

§. 669. Der Preis muß bestimmt, oder durch Mittel, über welche die Vertragsschließenden einverstanden sind, bestimmbar sein und in Geld bestehen. 2. Preis.

Vrgl. die Erl. 1. zu §. 668. Die Bestimmung des Kaufpreises kann von den Contrahenten auch in das Ermessen eines Dritten gestellt sein. Es hat das den Sinn, daß die Größe des Preises abhängig gemacht wird von der redlichen und freien Schätzung des Kaufsgegenstandes durch einen unbetheiligten Dritten; diesem bleibt es vorbehalten, auch individuelle Rücksichten dabei zu erwägen. Will oder kann aber der dritte Vertrauensmann, von dessen Ermessen die Preisbestimmung abhängig gemacht worden ist, den Preis nicht fest-

setzen, so wird angenommen, der Kaufsvertrag sei nicht zu Stande gekommen, indem dann weder der Preis als „bestimmt", noch das Mittel als „bestimmbar" angesehen werden kann.

3. Tausch.

§. 670. Wird eine Sache gegen eine andere, oder gegen Geld und Sachen veräußert, so ist der Vertrag ein Tausch.

Die Bestimmungen über den Kaufsvertrag gelten auch für den Tauschvertrag.

Der Tauschvertrag wurde von den Römern als Realkontrakt behandelt. Heutzutage ist schon der Vertrag, abgesehen von der Erfüllung des einen Theils, für beide Contrahenten bindend. Der Kaufsvertrag ist eigentlich ursprünglich selbst nur eine eigenthümliche Art des Tausches, bei welcher man das Geld nur als Werthmesser an der Stelle einer anderen Sache anzusehen hat; daher kommt die Analogie des Kaufsvertrages auch beim Tausche vollständig zur Anwendung. Der Kauf ist ein Umtauschvertrag von Sache und Geld, der Tausch ein Wechsel von Sache gegen Sache. Wie beim Kauf auch andere Vermögensrechte außer dem Eigenthum an Sachen gegen den Preis umgetauscht werden können, so können auch andere Vermögensrechte, z. B. Forderungen, gegeneinander umgetauscht werden. (Bluntschli).

4. Oeffentliche Kaufe.

§. 671. Kaufsverträge, welche an öffentlicher Steigerung geschlossen werden, heißen öffentliche Käufe.

Durch die Versteigerung wird eine Sache dem Meistbietenden veräußert. Die Bedingungen, welche der Verkäufer festsetzt, lassen eine große Mannigfaltigkeit solcher Verträge zu. Sie bilden die Unterlage des Geschäfts, welches durch das Meistgebot und die Annahme desselben erfüllt wird. Die öffentlichen Steigerungen können freiwillig, oder gezwungen als sogenannte amtliche Zwangssteigerungen vor sich gehen. Für die ersteren setzt unser Gesetz keine bestimmten Vorschriften fest; doch ist nach der Uebung als Regel anzunehmen, daß die Behaftung des Meistbieters nach dreimaligem vergeblichem Aufrufe durch den Zuschlag geschieht. Schon das einfache Angebot ist zwar bindend, aber nur unter der zweifachen Bedingung, daß nicht ein höheres Angebot folge und der Verkäufer zusage. Ueber die Zwangssteigerungen bestehen besondere Vorschriften: s. die §§. 41 bis 58. des Schuldbetreibungsgesetzes und §§. 52 — 77. der Geldstagsordnung.

5. Beschränkungen:
a. wegen Verabreichungen.

§. 672. Oeffentliche Kaufsverhandlungen, bei welchen von dem Verkäufer oder in seinem Auftrage Getränke, Speisen oder Geld verabreicht oder versprochen werden, sind ungültig.

1. Oeffentliche Kaufsverhandlungen: Gleichviel ob freiwillige, oder Zwangssteigerungen; vergl. die Erl. zu §. 671.

2. Verabreicht oder versprochen: Es ist nicht unzulässig und die Gültigkeit der einzelnen Steigerungskäufe nicht beeinträchtigend, wenn schon der Käufer während der Handlung aus eigenem Gelde oder im Auftrage eines Dritten sich Speisen oder Getränke verabreichen läßt; nur darf dies nicht auf Rechnung des Verkäufers geschehen und dieser dabei auch für die Zukunft den Kaufsliebhabern

leine Versprechungen machen. Eine weitere Beschränkung, betreffend Kaufsverhandlungen über Liegenschaften, s. den folgenden §. 673.

b. Käufe beim Weine.

§. 673. Andere Kaufsverhandlungen über Liegenschaften, welche beim Weine oder anderem geistigem Getränke abgeschlossen werden, können von jedem Theile innerhalb achtundvierzig Stunden, vom Abschlusse an gerechnet, mittelst einer von Gemeindeammann bewilligten rechtlichen Anzeige aufgehoben werden.

1. Andere Kaufsverhandlungen: nämlich solche, welche nicht öffentlich (§§. 671 und 672.) sind. Andere Kaufsverträge als über Liegenschaften betrifft diese Vorschrift nicht; dieselbe ist indeß gerechtfertigt durch die Wichtigkeit der Handlung resp. der Höhe des Preises, die durchschnittlich bei Liegenschaften bedeutender ist, als bei Käufen um bloße bewegliche Sachen.

2. Dem Sinne des Gesetzes nach genügt es, wenn nur die gemeindeammannamtliche Bewilligung binnen achtundvierzig Stunden eingeholt worden ist, wenn auch die so bewilligte Anzeige binnen dieser Frist noch nicht rechtlich dem Gegner angelegt wurde. Denn schon die wörtliche (sprachliche) Auslegung des Gesetzes: „mittelst einer . . . aufgehoben" spricht für diese Anschauungsweise.

3. Gegen eine auf Geltendmachung des Kaufsvertrages gerichtete Klage erhob der Beklagte die aus §. 673. des A. B. G. hergeleitete Schutzbehauptung, es habe der Vertragsabschluß beim Weine stattgefunden und es sei deshalb der Vertrag von ihm in nützlicher Frist mittelst rechtlicher Anzeige aufgehoben worden. Prozedürliche Thatsache war, daß der fragliche Kaufsvertrag in der Pintenwirthschaft des von dem Kläger als Unterhändler gebrauchten R abgeschlossen worden, und daß der Beklagte daselbst sowohl vor (während der Unterhandlung) als nach Vertragsabschluß Wein getrunken habe. Das h. Obergericht befand: Der angerufene §. 673. besage (s. oben). Frage es sich nun, ob der betreffende Kauf beim Weine abgeschlossen worden sei, so werde die Frage vom Beklagten bejaht, vom Kläger dagegen mit der Behauptung verneint, daß der Abschluß der Unterhandlung nicht in der Gaststube, sondern in einer Hinterstube stattgefunden habe. Nehme man aber auch diese vom Beklagten widersprochene Angabe als wahr an, so erscheine gleichwohl die Schutzbehauptung des Beklagten als begründet, daß der Kauf beim Weine abgeschlossen worden sei; denn wenn auch das letzte Wort nicht in der Gaststube gesprochen worden wäre, so hätte gleichwohl der Handel im Wirthshause und beim Weine seine Entstehung erhalten, indem der kurze Zwischenaufenthalt in der Hinterstube nicht als ein für sich bestehender Akt aus dem Zusammenhang des Vorgangs herausgerissen werden dürfe, vielmehr die ganze, im Wirthshause gepflogene Verhandlung als eine einheitliche und beim Weine geschehene angesehen werden müsse, zumal eine entgegengesetzte Auffassung, die Trennung der Verhandlung in zeitlich und örtlich verschiedene Abschnitte, dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen und dasselbe zum Spielzeug der schlaueren Partei machen würde, welcher die andere leicht für einen Augenblick aus der Gaststube locken oder ihr beim

Hinausgehen folgen könne. Der Zweck des §. 673. sei offenbar kein anderer, als der, die Bürger gegen die Folgen eines beim Weine nicht mit dem erforderlichen Ernst und kalten Blut abgeschlossenen Handels, ohne weitläufige und kostspielige Prozeßverhandlungen, durch das Mittel einfacher Kündung des Vertrages zu schützen. Der §. 673. setze auch nicht ein gemeinsames Zechen beider Vertragsparteien, sondern nur den Abschluß beim Weine zur Kündbarkeit voraus, wohl aus dem wichtigen Grunde, daß wenn nur ein Theil getrunken, dieser dem andern gegenüber noch mehr gefährdet sei und eher den Schutz des Gesetzes bedürfe, als wenn beide Parteien getrunken und auf der gleichen Linie der Urtheilsfähigkeit gestanden hätten. Das Obergericht wies daher die Klage als ungerechtfertigt ab. (O. R. 1859. S. 24.)

c. Vorbehälte.

§. 674. Der Vorbehalt des Wiederkaufes, des Vorkaufes, oder anderer Nebenbestimmungen, durch welche der Eigenthümer in der Befugniß, eine Liegenschaft an einen Andern zu übertragen, beschränkt werden soll, sind ungültig. Die Hauptbestimmung jedoch bleibt in Kraft.

1. Vorbehalt des Wiederkaufes: d. h. diejenige Nebenbestimmung, wodurch sich der Verkäufer vorbehält, die verkaufte Sache später wieder einzulösen, sei es um den gleichen, sei es um einen andern (höhern oder niederern Preis. Dieser Vorbehalt ist nach unserm Gesetze völlig zulässig, mit Ausnahme der Käufe, welche Liegenschaften (Grundstücke oder Häuser) betreffen.

2. Vorbehalt des Vorkaufs: wodurch sich der Verkäufer für den Fall, daß der Käufer später die Sache wieder veräußern wollte, das Vorrecht vor dannzumaligen andern Käufern zum Rückkaufe der gleichen Sache ausbedingt. Auch dieser Vorbehalt ist nur bei beweglichen Sachen resp. bei der Veräußerung von Forderungen und Rechten zulässig, bei jedem Liegenschaftskaufe aber ungültig. Sofern der Verkauf keine unbewegliche Sache betrifft, wird der Käufer durch diesen Vorbehalt verpflichtet, im Falle des Wiederverkaufs der gleichen Sache dem früheren Verkäufer vor einem dritten Käufer den Vorzug zu geben, insofern er bereit ist, ebensoviel als dieser als Kaufspreis zu bezahlen.

3. Anderer Nebenbestimmungen, durch welche u. s. w.: Hieher gehören namentlich noch: a. der Vorbehalt eines besseren Käufers: Wird eine Sache unter der Bedingung verkauft, wenn nicht binnen Frist ein anderer Käufer für den Verkäufer günstigere Kaufsbestimmungen eingehe, so kann diese Bedingung als suspensive oder resolutive (s. Erl. 1. zu §. 642.) verabredet sein; welches die wirkliche Meinung sei, ist aus den Umständen zu schließen. So lange die Waare noch nicht an den Käufer übergeben, noch sonst der Kaufsvertrag in Vollzug gesetzt worden ist, ist im Zweifel auf die Meinung der Suspensivbedingung, im entgegengesetzten Falle auf die der Resolutivbedingung zu schließen. Die Erfüllung der Bedingung setzt voraus einerseits, daß dem Verkäufer innerhalb der Frist ein besseres Angebot gemacht werde, bestehe dieses in erhöhtem Preise oder in anderen günstigeren Nebenbestimmungen, und anderseits, daß der Verkäufer

das bessere Angebot wirklich annehme. — Betreffend Liegenschaftsverkäufe ist nun nach unserem Gesetze dieser Vorbehalt dann zulässig, wenn derselbe blos den Sinn einer Suspensivbedingung hat, indem dann der Kauf bis zum Eintritt der Bedingung noch gar nicht als abgeschlossen betrachtet werden kann, — wie es denn auch öfters im täglichen Leben vorkommt, daß öffentlich Nachgebote auf Liegenschaften mit Festsetzung eines bestimmten Termines ausgeschrieben werden. Dagegen ist dieser Vorbehalt von vornherein bei Liegenschaftskäufen dann unzulässig, wenn derselbe als Resolutivbedingung, somit der Kauf für einmal als abgeschlossen betrachtet werden soll, da alsdann im Sinne des Gesetzes der neue Eigenthümer in der Befugniß, die Liegenschaft an einen Andern zu übertragen, beschränkt wäre. b. der Vorbehalt des Rücktrittes wegen Nichterfüllung: d. h. die Bestimmung, daß der abgeschlossene Kaufsvertrag nicht gelten solle, wenn der Käufer nicht bis zu einem bestimmten Zahlungstermin den Kaufpreis bezahle. Die Nebenbestimmung ist nach der diesfälligen Gesetzesstelle als für Liegenschaftskäufe unzulässig anzusehen; ebenso c. der Vorbehalt des Eigenthums an der verkauften Sache, wodurch sich der Verkäufer das Eigenthum an der verkauften Sache vorbehält, bis der Kaufspreis bezahlt sei, u. A. m.

4. Die Hauptbestimmung bleibt in Kraft; d. h. wenn auch Käufe um Liegenschaften mit solchen hiefür unzulässigen Vorbehalten abgeschlossen werden, so kann deshalb doch die Gültigkeit des Kaufes als solchem, betreffend die verkaufte Liegenschaft und den festgesetzten Kaufpreis, nicht angegriffen werden, und der hinzugesetzte ungültige Vorbehalt ist so zu betrachten und zu behandeln, wie wenn er gar nicht beigesetzt worden wäre.

5. Nach §. 40. der Geldstagsordnung werden bei der Aufzeichnung des geldstaglichen Vermögens Beweglichkeiten, welche von Konkursiten mit dem Vorbehalte des Wiederkaufes, der Nutznießung, unter Beifügung eines Bestandvertrages oder anderer Bestimmungen, veräußert wurden, in Folge welcher der Geldstager im Besitz der Verkaufsgegenstände geblieben ist, ebenfalls — dieser Nebenbestimmungen ungeachtet — zum Massavermögen genommen.

6. Beginn des Nutzens und Schadens.

§. 675. Nutzen und Schaden beginnen für den Käufer mit der Uebergabe, wenn nichts anderes bedungen ist.

1. Mit der Uebergabe: bei Liegenschaften also nach der Vorschrift des §. 512. mit dem Tage der Fertigung; übersendete Sachen muß der Erwerber nach §. 511. wirklich empfangen haben.

2. Der Verkäufer ist verbunden, die verkaufte Sache in das Eigenthum und den Besitz des Käufers zu übertragen oder, wenn andere Rechte verkauft sind, ihm diese zu vollem Recht und Genuß zu übergeben; in der Zwischenzeit hat der Verkäufer alle Sorgfalt eines guten Hausvaters (§. 628.) zu verwenden, um die verkaufte Sache vor Schaden zu bewahren. Sind vertretbare Sachen, z. B. nach Zahl, Maß oder Gewicht, verkauft worden, so hat der Verkäufer bis zu erfolgter Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung den Nutzen, aber auch die Gefahr zu tragen, von da an der Käufer; und ist eine

individuelle Sache Gegenstand des Kaufsvertrages, so geht der Nutzen (z. B. ein allfälliger Zuwachs) und die Gefahr (z. B. des Unterganges der Sache) auf den Käufer über, sobald dieser sie wirklich in Empfang genommen hat; bis zu diesem Zeitpunkte dagegen trägt der Verkäufer die Gefahr, wogegen ihm auch noch ein allfälliger Nutzen (z. B. die Früchte der verkauften Sache, noch ausgestandene Miethgelder u. s. w.) eigenthümlich zukommt.

3. S. die Entscheidung in Erl. 5. zu §. 512.

7. Rücktrittsrecht des Käufers.

§. 676. Wird der Kaufsgegenstand vor der Uebergabe durch Zufall wesentlich beschädigt, so hat der Käufer das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten.

1. Durch Zufall: Trägt der Verkäufer selbst die Schuld an der Beschädigung, so hat der Käufer nur das Recht, von ihm Schadenersatz zu verlangen, nicht aber den Kauf rückgängig zu machen.

2. Wesentlich: Nur unbedeutende Beschädigungen berechtigen den Käufer, zu verlangen, daß ihm der dadurch entstandene Minderwerth am Kaufpreise abgezogen werde, beziehungsweise (wenn er letzteren schon bezahlt hat) zur Schadensersatzforderung im Betrage des ersteren. Eine allgemeine Bestimmung darüber, ob eine solche Beschädigung als „wesentliche" anzusehen und zu behandeln sei, oder nicht, ist nicht leicht möglich aufzustellen; es kommt hier theils auf die Umstände überhaupt und auf die Art der Sache an sich, theils und insbesondere darauf an, ob dem Käufer je nach der Art und Weise der Beschädigung ein wesentlich unbehinderter Gebrauch der Sache noch möglich sei oder nicht. Auch kann der Käufer in einem solchen Falle nicht gezwungen werden, statt der wesentlich beschädigten Sache eine andere gleicher Art anzunehmen; es wäre denn, daß sich der abgeschlossene Kaufsvertrag von vornherein nur auf die Gattung und nicht auf die Individualität des Kaufsgegenstandes bezogen hätte.

8. Kauf auf Probe.

§. 677. Wird eine Sache auf Probe verkauft, so ist der Vertrag für den Verkäufer verbindlich.

Der Käufer dagegen kann inner der bestimmten Zeit, oder wenn eine solche nicht bestimmt worden, inner zehn Tagen von der Uebergabe an, den Gegenstand an den Verkäufer zurückgeben und die allfällig geleistete Zahlung zurückverlangen.

Der Käufer hat für die Nutzungen in der Zwischenzeit keine Vergütung zu leisten, trägt jedoch die Gefahr bis zur Zurückgabe der Sache, wenn er nicht beweist, daß der Zufall dieselbe auch ohne dies betroffen haben würde.

1. Wenn der Kaufsvertrag unter dem Vorbehalte der näheren Prüfung und Billigung der Waare, als Kauf auf Probe, abgeschlossen worden ist, so ist nach unserm Gesetze im Zweifel anzunehmen, er sei unter der Resolutivbedingung zu Stande gekommen, daß die Auflösung des Kaufsvertrages von der Mißbilligung der Sache von Seite des Käufers abhänge. Letzterer ist für einstweilen nicht gebunden, wohl aber der Verkäufer.

2. Inner der bestimmten Zeit: Ist eine solche von den Contrahenten selbst festgesetzt worden, so muß diese vom Käufer beobachtet werden, und haben sie darüber nichts vereinbart, so hat

sich der Letztere binnen zehn Tagen von der Uebergabe der Sache an fest zu entschließen, ob er sie behalten wolle oder nicht. Stellt er sie binnen der verabredeten oder gesetzlichen Frist dem Verkäufer nicht zurück, so entsteht die Rechtsvermuthung, er habe die Sache seinen Wünschen entsprechend befunden, so daß alsdann der Kaufsvertrag auch für ihn — schon durch bloßes Stillschweigen binnen jener Frist — verbindlich wird. Auch genügt seine bloße Erklärung der Mißbilligung nicht, sondern er muß innert des vereinbarten oder gesetzlich bestimmten Zeitraumes den Kaufsgegenstand selbst dem Verkäufer zurückgestellt haben. Dagegen braucht er im letztern Falle nicht nachzuweisen, warum er vom Kaufe zurücktrete oder die Sache ihm nicht beliebe, und der Verkäufer ist nicht berechtigt, hierüber irgend welche Begründung der Handlungsweise des Käufers von diesem zu verlangen; mit andern Worten, dem Käufer steht hierüber volle Freiheit zu, sich zur Zurückgabe zu entschließen oder den Kauf zu halten.

3. Der Zufall: Es genügt hier nicht jeder Zufall, mit andern Worten, der Umstand, daß die Sache ohne Schuld des Käufers untergegangen oder beschädigt worden ist, sondern der Zufall muß ein solcher sein, daß mit Sicherheit angenommen werden darf, derselbe hätte auch die Sache betroffen, wenn sie in der Verwahrung des Verkäufers gelegen wäre. Z. B. das Haus des Käufers verbrennt und der darin gelegene Kaufsgegenstand damit; da hat dennoch der Käufer Vergütung für denselben zu leisten. Sind aber z. B. die Häuser beider Contrahenten nebeneinander gelegen und beide werden von den Flammen verzehrt, so besteht die Vermuthung, daß die Sache auch in dem des Verkäufers zu Grunde gegangen wäre, und hat somit der Käufer dafür keine Entschädigung zu entrichten.

9. Kauf auf Muster.

§. 678. Werden Gegenstände nach Muster oder unter Vorbehalt gewisser Eigenschaften gekauft und findet der Käufer die ihm übergebenen Sachen dem Muster oder der Abrede nicht entsprechend, so hat er, wenn er sie nicht behalten will, an den Verkäufer inner zehn Tagen Anzeige ergehen zu lassen und die Sachen zurückzugeben, oder bis auf weitere Verfügung des Verkäufers gehörig aufzubewahren oder aufbewahren zu lassen.

Wird diese Anzeige unterlassen, so ist die Sache als angenommen zu betrachten.

1. Der Kauf auf Muster — nicht zu verwechseln mit dem in §. 677. behandelten Kauf auf Probe — ist ein fester, aber mit der besondern Bestimmung abgeschlossener Kauf, daß die Waare der Probe gemäß, d. h. probehaltig, sein solle. Das Muster, nach welchem gekauft wird, bildet die Grundlage des Kaufes. Die Meinung ist: eine dem vorgezeigten oder zur Einsicht übergebenen Muster entsprechende Sache solle Gegenstand des Kaufsvertrages sein; z. B. es werden zehn Zentner eines Fabrikats nach einem deutlich bezeichneten Muster verkauft. Der Verkäufer ist hier verpflichtet, probemäßige Waare zu liefern, und der Käufer, sie zu nehmen und zu bezahlen, sofern sie sich wirklich als musterconform herausstelle. Der Verkäufer kann hier, wenn binnen der festgesetzten Zeitfrist der Käufer die Sache

als dem Muster nicht entsprechend erklärt und deshalb den Kaufsvertrag nicht halten will, einen gerichtlichen Ausspruch verlangen, welchen Entscheid das Gericht nach dem eingezogenen Berichte von Sachverständigen ausfällen wird.

2. Wird auch das Muster dem Käufer übergeben, so hat er auch dieses gehörig aufzubewahren oder aufbewahren zu lassen, oder dasselbe mit der Sache dem Verkäufer zurückzustellen. Natürlich steht es auch hier den Parteien frei, eine längere Frist als zehn Tage für die zu machende Anzeige (Erklärung) des Käufers festzusetzen. Hinsichtlich der Nutzungen und der Tragung der Gefahr in der Zwischenzeit bis zur Uebergabe der betreffenden Sachen gilt die gleiche Regel, wie beim Kauf auf Probe (lemma 3. des §. 677.); einzig das ihm allfällig mitübergebene Muster — als nicht mitverkauft — ist der Käufer auch nicht berechtigt, zu benutzen.

§. 679. Verbraucht der Käufer einen Theil der Sache, deren Annahme er verweigert, so muß er sie ganz behalten.

Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur auf den Fall des Kaufes „auf Muster", sondern auch auf den „Kauf auf Probe" (§. 677.), sowie auf alle übrigen Fälle, in welchen die Sache dem Käufer übergeben wird, ohne daß dieser schon vertragsgemäß als solcher zum eigenthumsweisen Behalten der Sache und zur Bezahlung des Kaufspreises verbindlich ist.

10. Kaufe zwischen Ehegatten.

§. 680. Kaufsverträge zwischen Ehegatten sind ungültig.

Diese Bestimmung stützt sich auf den Grundsatz des §. 53. des A. B. G., wonach sämmtliches Vermögen der Frau ohnehin Eigenthum des Ehemannes wird, so daß also ein gegenseitiger Kaufsabschluß unter solchen Umständen zur „rechtlichen Unmöglichkeit" würde. Den Eheleuten bleibt indessen der Abschluß eines Ehe- resp. Erbvertrages nach §§. 958 — 962. unbenommen.

11. Gewähr des Maßes bei Liegenschaften.

§. 681. Wird eine Liegenschaft unter Angabe eines bestimmten Maßes verkauft, so haftet der Verkäufer für die Richtigkeit desselben.

Wird das Maß nur beiläufig („ungefähr, circa") angegeben, so leistet der Verkäufer nur dann Gewähr, wenn das wirkliche Maß über ein Viertheil kleiner ist, als das versprochene.

Werden mehrere Grundstücke unter Angabe des ungefähren Maßes jedes einzelnen um einen Gesammtpreis verkauft, so ist das wirkliche Maß nach dem Gesammtinhalte aller Grundstücke zu berechnen.

1. Eines bestimmten Maßes: z. B. „eine Jucharte" gränzt u. s. w., „ein halber Vierling" u. s. f., ohne Beisetzung der Worte „ungefähr" oder „circa" oder eines andern gleichbedeutenden Ausdrucks.

2. Leistet Gewähr: s. die Grundsätze über die Währschaft in den §§. 662 — 665. sammt den dortigen Erläuterungen.

3. Nach dem Gesammtinhalt: z. B. es werden verkauft: „ungefähr zwei Mannwerk Mattland", „circa drei und ein halber Vierling Ackerland" und „circa ein halber Vierling Rebland"; hernach stellt es sich heraus, daß alle die angeführten Grundstücke oder

wenigstens die einen derselben das beiläufig angegebene Maß von zusammen zwölf Vierling oder drei Jucharten nicht erreichen; sind nun in Wirklichkeit diese Grundstücke insgesammt nur drei Vierling (als den Viertheil Aller zusammengerechnet) groß oder noch kleiner, so ist der Verkäufer schuldig, dem Käufer Währschaft zu leisten; übersteigen sie aber zusammen das Maß von drei Vierling, so ist der Verkäufer in dieser Beziehung keine Währschaft schuldig.

4. Es kann auch noch die Frage aufgeworfen werden, ob die nach lemma 2 und 3. dieses §. zu leistende Gewähr sich alsdann nur bis zum gesetzlichen Maße des Viertheils oder wirklich auf das ganze beiläufig angegebene Maß erstrecke? Nach richtiger Argumentation ist das letztere anzunehmen. Denn in lemma 1. stellt der Gesetzgeber den allgemeinen Grundsatz der Haftbarkeit für das angegebene Liegenschaftsmaß auf; wenn er nun auch in lemma 2 und 3. eine Ausnahme hievon für die daselbst angeführten besondern Fälle gestattet, so darf diese Ausnahme nach der bekannten Rechtsgrundregel nicht ausdehnend interpretirt werden und muß daher für die Umstände, deren das Gesetz gar nicht erwähnt, wieder der in lemma 1. enthaltene Hauptgrundsatz zur Anwendung kommen.

12. Verletzung über die Hälfte.

§. 682. Hat bei einem Kaufe über Liegenschaften ein Theil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben, als Gegenwerth erhalten, so ist er berechtigt, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen.

Die Klage muß binnen sechs Monaten vom Abschluß des Vertrages hinweg angebracht werden.

Dem andern Theile steht es aber frei, das Geschäft dadurch in Kraft zu erhalten, daß er das Fehlende bis zum gemeinen Werthe (§. 431.) ergänzt.

1. Gegenwerth: bestehe dieser nun in einer andern Sache wie beim Tausche, oder in Geld, beziehungsweise in Geld und einer andern Sache, wie beim eigentlichen Kaufe.

2. Der Werth der betreffenden Gegenstände wird nöthigenfalls durch amtliche Schätzung ermittelt.

3. Ueber die Unzulässigkeitsfälle der daherigen Klage s. den folgenden §. 683.

§. 683. Die Klage findet nicht statt: wenn Jemand ausdrücklich darauf verzichtet; wenn Jemand erklärt, die Sache aus besonderer Vorliebe um höhern Preis zu übernehmen; wenn der Verkäufer theilweise schenken wollte; endlich wenn die Sache öffentlich versteigert worden ist.

1. Die Klage: nämlich nur die auf die Bestimmung des §. 682. gestützte.

2. Auf den Kaufsvertrag überhaupt beziehen sich auch insbesondere die in §§. 662 — 666. enthaltenen Bestimmungen über die Währschaft. Wer durch Uebernahme einer Liegenschaft Schuldner einer Geldsumme wird, hat dieselbe nach §. 654. vom Tage der Uebernahme an zu verzinsen.

Dritter Abschnitt.

Von dem Bestandvertrage.

1. Begriff.

§. 684. Der Vertrag, durch welchen Jemand einem Andern den Gebrauch einer nicht verbrauchbaren Sache gegen einen bestimmten Zins überläßt, ist ein Bestandvertrag.

Der Bestand heißt Miethe, wenn ein Gebäude, ein Theil eines solchen, oder eine bewegliche Sache, — und Pacht, wenn ein Grundstück oder die Ausübung eines Rechts Gegenstand desselben ist.

1. Wir unterscheiden die verschiedenen Rechtsgeschäfte, welche die Römer unter dem gemeinsamen Namen locatio conductio zusammengedrängt haben, genauer. Unser Gesetz trennt nicht blos die Verträge über entgeldliche Benutzung einer Sache (locatio conductio rerum) vollständig von den Verträgen über entgeldliche Arbeit und Geschäftsbesorgung (locatio conductio operarum et operis), sondern es unterscheidet innerhalb der erstern wieder zwischen Miethe und Pacht. Die Miethe bezweckt den Gebrauch einer Sache gegen Lohn oder Miethzins, die Pacht daneben noch den Fruchtgenuß; beide aber werden vom Gesetze unter dem Ausdrucke Bestandvertrag zusammengefaßt.

2. Die Miethe insbesondere entsteht, wenn der Eine (der Vermiether) sich verpflichtet, ein Gebäude oder einen Theil eines solchen (sei es auch nur die kleinste Räumlichkeit) oder endlich eine andere bewegliche Sache dem Andern (dem Miether) zum Gebrauche zu überlassen, wogegen der Miether hinwieder zu Gunsten des Vermiethers einen bestimmten Zins (den Miethzins) verspricht. Bei der Vermiethung einer bloßen beweglichen Sache bildet hier gerade die entgeldliche Ueberlassung die hauptsächlichste Unterscheidung von dem bloßen „Leihvertrage" (§. 700.), zu welch letzterm Begriff die unentgeldliche Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche nothwendig ist. Auch wenn der Vermiether nicht Eigenthümer der vermietheten Sache ist und weder die Befugniß noch die Möglichkeit hat, die Sache dem Miether zum Gebrauche wirklich zu verschaffen, haftet er dennoch obligatorisch als Vermiether, wenn er einmal den Vertrag abgeschlossen hat. Unter Umständen kann selbst der anerkannte Eigenthümer einer Sache dieselbe miethen, z. B. der Erbe eine Wohnung in dem Hause, an welchem der Wittwe des verstorbenen Eigenthümers die Nutznießung zusteht.

3. Der Pachtvertrag entsteht, wenn der eine Kontrahent (der Verpächter) sich verpflichtet, dem andern (dem Pächter) ein Grundstück zum Fruchtgenuß oder ein Recht zur Ausübung zu überlassen, wogegen der Pächter hinwieder als Gegenleistung den Pachtzins verspricht. Nicht übertragbare Rechte, wie z. B. das Gebrauchsrecht (§. 551.), können natürlich auch nicht verpachtet werden. Die Pacht ist umfassender als die Miethe, da zur Benutzung der Sache auch deren Fruchtgenuß dazu gehört, und die Rechte des Miethers sind regelmäßig inbegriffen in der Befugniß des Pächters. Inwiefern

nicht die Natur der Pacht einzelne abweichende Bestimmungen erheischt, sind die Grundsätze, die von der Miethe gelten, auch auf die Pacht anwendbar.

4. Unser Gesetz bezeichnet regelmäßig sowohl den Verpächter wie den Vermiether als Bestandgeber, den Pächter und Miether dagegen als Besteher; ferner den Vertragsgegenstand bei beiden Vertragsarten als Bestandsache und das daherige Entgeld als Bestandzins.

2. Unterbestand.

§. 685. Der Besteher ist nicht berechtigt, die ihm überlassene Sache in Unterbestand zu geben, oder sein Recht auf einen Andern zu übertragen, wenn ihm dieses nicht von dem Bestandgeber gestattet wird.

Unterbestand: Ohne Erlaubniß des Vermiethers oder Verpächters darf der Miether oder Pächter die Bestandsache nicht wiederum an einen Dritten vermiethen resp. verpachten, resp. Letzterer das ihm bestandweise überlassene Recht nicht beliebig einem Andern seinerseits gegen Entgeld zur Ausübung übertragen. Giebt aber der Bestandgeber seine ausdrückliche Zustimmung dazu, so nennt man alsdann ein solches Verhältniß je nachdem Aftermiethe oder Afterpacht.

3. Verpflichtungen des Bestandgebers: a. Uebergabe.

§. 686. Der Bestandgeber ist verpflichtet, dem Besteher den Vertragsgegenstand zur gehörigen Zeit und in dem versprochenen Zustande, oder wenn hierüber nichts festgesetzt ist, in demjenigen Zustande zu übergeben, in welchem er zu dem bestimmten Gebrauche geeignet ist.

Der Besteher kann von dem Bestandgeber die rechtzeitige Ueberlassung der gemietheten oder gepachteten Sache zu dem verabredeten oder vorausgesetzten Gebrauche fordern. Die Zeit des Antritts resp. der Ueberlassung kann durch den Vertrag ausdrücklich oder durch die Uebung und die Natur des Gebrauchs stillschweigend bestimmt sein. Auch ist der Bestandgeber verpflichtet, die Sache in brauchbarem Zustande zu liefern, und hat die Sache Mängel, welche deren Gebrauch hindern oder erschweren, so ist der Vermiether oder Verpächter gehalten, dieselben, soweit das in seiner Macht ist, zu heben. Z. B. die gemiethete Wohnung ist baufällig und mit Sicherheit nicht zu benutzen; oder dem gemietheten Schiffe fehlt es an der nöthigen Zubehör, um fahren zu können u. dergl. Der Bestandvertrag hat Aehnlichkeit mit dem Kauf; der Besteher verlangt ebenfalls die Uebergabe der Sache gegen Bezahlung von Geld, aber nicht, um volles Recht daran zu erwerben, sondern um den vorübergehenden Gebrauch der Sache zu haben; daher muß auch die Bestandsache nach der Natur des Geschäftes gebrauchsfähig sein und der Bestandgeber hat dafür einzustehen.

b. Unterhalt.

§. 687. Der Bestandgeber hat die übergebene Sache während der Vertragsdauer in gehörigem Stande zu erhalten, und wenn sie durch Zufall oder Alter verschlimmert worden, auf seine Kosten herzustellen. Unterläßt oder verzögert er die Erfüllung dieser Verpflichtung, so haftet er dem Besteher für den Schaden, der demselben aus der Unterlassung oder Verzögerung erwachsen ist.

1. In gehörigem Stande, d. h. wenigstens in einem solchen, daß dem Besteher der ordnungsmäßige Gebrauch der Sache nicht erschwert ist. Ueber den Fall, wo der Besteher selbst die Schuld an der Verschlimmerung der Sache trägt, s. §. 689.

2. Aus der Ueberlassung oder Verzögerung: z. B. das baufällige Gebäude stürzt ein; hier haftet der Bestandgeber auch für die dadurch zu Grunde gegangenen Gegenstände des Bestehers. Es kann auch ein blos mittelbarer Schaden entstanden sein, z. B. ein mit einer ansteckenden Krankheit behaftetes Pferd ist vermiethet worden und hat den andern Pferden des Miethers die Krankheit mitgetheilt; hier haftet der Bestandgeber insofern, als dessen böser Wille oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann.

4. Verpflichtungen des Bestehers.

§. 688. Der Besteher eines Pachtgutes hat für den Unterhalt der Wege, Hecken, Gräben und des Schiff und Geschirrs, der Besteher einer Wohnung für den Unterhalt der vermietheten Hausgeräthschaften zu sorgen.

1. Eines Pachtgutes: Die Verpflichtung des Pächters zur Reparatur ist, wie sein Recht, umfassender als die des Miethers. Da der Pächter den ganzen Genuß des Gutes hat, so muß er auch die Sorge und Kosten für dasselbe im weitern Umfange auf sich nehmen. Der Gegensatz der gewöhnlichen Reparatur und Unterhaltung zu den Hauptreparaturen ist ein fließender und nach den Umständen im einzelnen Fall zu ermitteln. Im Allgemeinen hat der Verpächter die Herstellung der Wege, Hecken u. s. w., der Pächter dagegen deren gehörigen Unterhalt zu besorgen und die daherigen Kosten zu tragen.

2. Hausgeräthschaften: s. über diesen Begriff §. 422. sammt den dortigen Erläuterungen.

§. 689. Der Besteher ist verpflichtet:

a. die Bestandsache auf die ihrer Natur gemäße oder durch den Vertrag bestimmte Weise zu gebrauchen;
b. dieselbe während der Dauer des Bestandes wie ein ordentlicher Hausvater zu besorgen;
c. den Bestandgeber von den Ansprüchen zu benachrichtigen, die von Dritten auf die Bestandsache erhoben werden;
d. den versprochenen Zins zur bestimmten Zeit zu entrichten;
e. nach geendetem Bestande die Sache dem Bestandgeber in dem Zustande zurückzugeben, in welchem er sie übernommen, oder in welchen sie während des Bestandes ohne sein Verschulden versetzt worden.

Ein angebaut zurückzugebendes Grundstück muß der Jahreszeit gemäß angebaut sein.

1. Ad a.: Wenn der Besteher von der Bestandsache einen offenbar unangemessenen Gebrauch macht, so ist der Bestandgeber berechtigt, ihn daran für die Zukunft gerichtlich behindern zu lassen, mit der Androhung der Auflösung des Bestandvertrages für den Fall der Nichtfolgeleistung, und Schadensersatz zu fordern. Macht sich alsdann dennoch später der Besteher einer Wiederholung resp. nochmaligen

Mißachtung der ihm diesfalls obliegenden Pflicht schuldig, so kann der Bestandgeber sofort den Vertrag aufkündigen und Rückgabe fordern. Z. B. der Miether eines Reitpferdes benutzt dasselbe, um Lastwagen zu führen; oder der Miether einer Wohnung reißt das Getäfel weg und braucht es zum Einheizen.

2. Ad b.: Der Gebrauch der Sache erfordert, damit er nicht zum Verbrauche ausarte, eine fortwährende Sorge, beziehungsweise Reinigung und Wiederherstellung selbstverschuldeter Beschädigung, welche daher dem gebrauchenden Pächter oder Miether obliegt. Ueber den Begriff des „ordentlichen Hausvaters“ s. §. 628. resp. die Erl. 1. zu §. 540. Der Pächter insbesondere ist verpflichtet, das gepachtete Gut als ein ordentlicher Landwirth zu bewirthschaften und für nachhaltige Ertragsfähigkeit der Grundstücke zu sorgen. Es ist dabei freilich zu erwägen, daß der Pächter die Wirthschaft zunächst in seinem eigenen Interesse, nicht als Stellvertreter des Verpächters übt; der Verpächter ist daher auch nicht zu einer fortgesetzten Aufsicht und Controle im Einzelnen berechtigt. Wenn aber der Pächter durch schlechte Wirthschaft die Substanz oder die Ertragsfähigkeit des Gutes für die Zukunft ernstlich gefährdet, so ist der Verpächter veranlaßt, einzuschreiten und Schutz für sein Eigenthum zu verlangen.

3. Ad c.: Wenn ein Dritter aus dinglichem Rechte auf den Besitz der Bestandsache einen Anspruch erhebt, so ist der Bestandgeber verpflichtet, den Besteher in diesem Streite auf dessen Anzeige vollständig zu vertreten und, insofern die Sache dem Letztern von Rechtswegen entzogen wird, Schadensersatz zu leisten. Ist eine vermiethete Wohnung oder ein verpachtetes Grundstück vom Eigenthümer veräußert worden, so ist der neue Eigenthümer, insofern nicht die verabredete Bestandzeit ausgelaufen, nicht berechtigt, den Besteher sofort aus dem Besitze zu weisen, sondern darf nur mit Beachtung der regelmäßigen Kündigungsfrist (§. 696.) auf das nächste Ziel aus dem Grunde des Eigenthums die Uebergabe der Bestandsache fordern. Der Bestandgeber haftet aber dem Besteher für Schadensersatz, wenn er um der Veräußerung willen den auf längere Dauer abgeschlossenen Bestandvertrag nicht erfüllt. Ueberhaupt liegt dem Besteher ob, dem Bestandgeber sofort von allem auf die Sache gemachten Ansprüchen — seien es Eigenthums- oder bloße Dienstbarkeits- oder Pfandrechte u. s. w. — Kenntniß zu geben, damit dieser zur rechten Zeit seine gehörigen Schritte zur vollen Wahrung der ihm seinerseits zustehenden Rechte treffen könne. Werden Gutsrechte gestört oder gefährdet, z. B. durch Verrückung oder Abgang von Marksteinen, oder durch Anmaßung von Wegrechten, oder andern Dienstbarkeiten, so ist insbesondere der Pächter verpflichtet, insofern er nicht von sich aus diese Störung oder Gefährdung leicht beseitigen kann, dem Verpächter rechtzeitig davon Anzeige zu machen und zur Ergreifung der nöthigen Rechtsmittel Gelegenheit zu geben; denn kommen während der Pacht die Grenzzeichen in Abgang oder geschehen Usurpationen Dritter auf dem Gute und hat dies der Pächter nicht sogleich angezeigt, so wird er dem Verpächter für diese Vernachlässigung und selbst für die daherigen Folgen verantwortlich.

4. Add.: Ueber den gesetzlichen Zeitpunkt der Verzinsung: s. §. 690. und über Sicherung des Zinses: §§. 691 — 693.

5. Add e.: Der Besteher haftet für unversehrte Zurückerstattung der gemietheten oder gepachteten Sache, und hat dieselbe auch rechtzeitig, d. h. alsobald nach abgelaufener Bestandzeit, dem Bestandgeber zurückzugeben. Für die Verschlechterung der Sache aber, welche als bloße Folge des Alters oder des gewöhnlichen und vorgesehenen Gebrauches zu betrachten ist, hat er keinen Ersatz zu leisten. Von der Ersatzpflicht des Minderwerthes kann sich der Besteher nur insoweit befreien, als er nachzuweisen vermag, entweder daß einzelne Theile durch Verschulden des Bestandgebers selbst untergegangen oder durch höhere Gewalt (Zufall oder Verschulden dritter Personen) zerstört worden seien.

6. Der Jahreszeit gemäß: Ist das Grundstück beim Beginne der Pacht gar nicht angebaut (d. h. mit keinen Früchten bepflanzt) gewesen, so hat der Pächter nach abgelaufener Pachtzeit dasselbe auch nicht angebaut zurückzugeben, resp. besitzt er ein Forderungsrecht auf Ersatz des Werthes der alsdann noch auf demselben stehenden Früchte. Auch wenn das Grundstück gerade vor der Ernte zur Pacht übergeben wurde und dasselbe gerade nach der Erntezeit in einem folgenden Jahre wieder zurückerstattet werden soll, so ist der Pächter nicht verpflichtet, dasselbe vorher noch zu besäen oder Ersatz für die bezogenen Früchte zu leisten; wohl aber muß, wenn es auf irgend welche Weise beim Beginn der Pacht angebaut war, dasselbe auch bei Beendigung derselben wieder „der Jahreszeit gemäß" angebaut sein, d. h. im Winter angesäet (sofern es Ackerland ist), oder leer (wenn es Mattland ist) u. s. w., je nach der Art des Grundstücks und der nöthigen Behandlungsweise der Früchte nach der gewöhnlichen landwirthschaftlichen Regel und Uebung.

5. Bestandzins: a. Fälligkeit.

§. 690. Außer dem Falle einer besondern Verabredung ist der Zins, wenn eine Sache auf ein oder mehrere Jahre in Bestand genommen wird, am Ende eines jeden Jahres, bei einer kürzern Bestandzeit hingegen nach Verlauf derselben, zu entrichten.

1. Außer dem Falle: d. h. es steht den Contrahenten frei, ihrerseits beliebige Zinstermine zu verabreden, und nur, wenn dies nicht der Fall war, gilt die gesetzliche Regel.

2. Bei einer kürzern: Ist über den Zinstermin nichts Näheres bestimmt, dagegen aber die Dauer der Bestandzeit, z. B. nur halbjährig oder vierteljährig, festgesetzt worden, so ist auch der Zins je nachdem halb- oder vierteljährlich zu bezahlen. Hingegen liegt in dieser Gesetzesbestimmung nicht der Sinn, daß nur etwa die Kündigungsfrist (§. 696.) maßgebend sein solle, denn die Bestandzeit kann auf Jahre hinaus und dennoch die Kündigungsfrist nur auf kurze Dauer bestimmt sein.

b. Sicherung des Zinses

§. 691. Zur Sicherstellung des Bestandzinses hat der Vermiether eines Gebäudes oder eines Theiles desselben das Pfandrecht auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe des Miethers.

Insbesondere steht dem Vermiether eines Kaufladens das Pfandrecht auf die in demselben vorfindlichen Waaren zu.

1. Es ist dies eines der sogenannten „gesetzlichen Pfandrechte“ an beweglichen Sachen des Schuldners, s. die Erl. 2. zu §. 609.

2. Wo die Aftermiethe (s. §. 685.) zugelassen worden ist, hat auch der Aftervermiether zu Gunsten seiner Miethzinsforderung ein gesetzliches Pfandrecht auf die in der Wohnung des Aftermiethers befindliche Fahrniß. Aber auch der ursprüngliche Vermiether kann diese Sicherheit für seine Forderung gegen den ursprünglichen Miether, den jetzigen Aftervermiether, benutzen; er bedarf dazu nicht erst einer Abtretung des Rechts von Seite seines Miethers, sondern kann dasselbe unmittelbar geltend machen; mit andern Worten, das Pfandrecht haftet an der in die Wohnung gebrachten Fahrhabe.

3. Ueber das Recht der Beschlagnahme der Mieth- oder Pachtfahrniß in solchen Fällen: s. §. 310. lit. e. der Zivilprozeßordnung von 1851.

4. Es wurde von einem Vermiether auf die Fahrhabe des Miethers, nachdem dieser in eine andere Gemeinde gezogen und ohne Einsprache des Erstern seine Fahrhabe mit sich genommen, auf die letztere zu Gunsten der Miethzinsforderung eine Beschlagnahme erwirkt. Der Miether bestritt diese Beschlagnahme, indem er nachzuweisen suchte, daß die aus dem Miethslokale fortgenommene und in eine andere Gemeinde gebrachte Fahrhabe nicht mehr als Miethpfand angesehen und mit Arrest belegt werden könne. Bei Prüfung der Frage, ob diese Bestreitung eine gesetzliche Berechtigung habe, fand das Obergericht: Kläger und Arrestnehmer berufe sich auf §. 310. lit. e. der P. O. und behaupte, daß er als Inhaber einer Miethzinsforderung zur Beschlagnahme berechtigt gewesen, weil der Beklagte als Miether nicht nur eine Absicht an den Tag gelegt, die in dem gemietheten Gebäude befindliche Fahrhabe vor Bezahlung des Miethzinses fortzuschaffen, sondern wirklich schon fortgeschafft habe. Allerdings gestatte nun lit. e. des §. 310. der P. O. auf den Fall, als ein Miether oder Pächter die Absicht an den Tag legt, seine in dem gemietheten Gebäude oder gepachteten Gute befindliche Fahrhabe fortzuschaffen, bevor er den Mieth- oder Pachtzins bezahlt, auf diese Fahrhabe eine Beschlagnahme zu erwirken. Diese Gesetzesvorschrift stehe aber offenbar im Zusammenhange mit §. 691. des A. B. G., welcher dem Vermiether zur Sicherstellung des Bestandzinses auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe ein Pfandrecht einräume. Die Vorschrift der P. O. gebe nämlich das Mittel an die Hand, die Fahrhabe des Miethers oder Pächters, auf welcher das gesetzliche Pfandrecht entstanden, in dem Pfandnexus zurückzubehalten und sich den materiellen Werth des Rechtes zu sichern. Das Mittel zur Wahrung dieses Pfandrechts könne nun selbstverständlich nur da zur Anwendung kommen, wo das Pfand wirklich zu Recht bestehe. Frage man nun nach dem diesem Rechte zukommenden Umfange, so könne sich dieser nach dem buchstäblichen Inhalte des §. 691. nur auf diejenige eingebrachte Fahrhabe des Miethers oder Pächters erstrecken, welche in der gemietheten oder gepachteten Realität sich vorfinde. Auf eine

daselbst nicht vorhandene eingebrachte Fahrhabe stehe somit dem Bestandgeber kein Pfandrecht zu. Werde dieser durch das Gesetz gerechtfertigte Satz auf den gegebenen Fall angewendet, so trete dem Richter die Thatsache entgegen, daß zur Zeit, als die Beschlagnahme zu Gunsten der in Rede stehenden Miethzinsforderung vorgenommen worden, die mit Arrest belegte Fahrhabe sich nicht mehr im Hause des Vermiethers vorgefunden habe. Unter diesen Verumständungen habe aber auf der in amtlichen Beschlag genommenen Fahrhabe zu Gunsten des Vermiethers kein Pfandrecht mehr gehaftet, und sei dieses Pfandrecht erloschen gewesen, so habe auch das Mittel zur Wahrung desselben, d. h. die vom Vermiether geltend gemachte Beschlagnahme, als gegenstandlos nicht mehr gültig zur Anwendung gelangen können. (O. R. 1861 S. 33.)

5. S. die Entscheidungen in Erl. 1 und 2. zu §. 693.

§. 692. Das gleiche Recht (§. 691.) hat der Verpächter eines Grundstückes auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe des Pächters und die auf dem Pachtgute gewachsenen Früchte.

Der Verpächter ist jedoch zunächst auf die Früchte und erst, wenn diese nicht zureichen, auf die übrige Fahrhabe gewiesen.

1. Es ist dies gleichfalls eines der sogenannten „gesetzlichen Pfandrechte" an beweglichen Sachen des Schuldners, s. die Erl. 2. zu §. 609.

2. Dieses Pfandrecht steht auch dem Afterverpächter gegenüber dem Afterpächter zu; vrgl. die Erl. 2. zu §. 691.

3. S. die Erl. 3 und 4. zu §. 691., sowie die Entscheidungen in Erl. 1 und 2. zu §. 693.

§. 693. Das Pfandrecht (§§. 691 und 692.) ist auf einen verfallenen und den laufenden Jahreszins beschränkt.

1. Vom Tit. Bezirksgericht M. wurde in seinem Jahresbericht folgende Frage angeregt: Die §§. 691 und 692. räumen dem Bestandgeber zur Sicherung des Bestandzinses auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe des Miethers und Pächters, sowie auf die Pachtgutserträgnisse, ein gesetzliches Pfandrecht ein. Es habe sich nun der Fall ereignet, daß Dritte den Pächter für Forderungen betrieben und Pfandrechte auf dessen eingebrachte Fahrhabe nachgesucht und erwirkt haben, ja daß die Fahrhabe des Pächters infolge Verpfändung zu Gunsten Dritter aus dessen Wohnung fortgeschafft und auf dem Vollstreckungswege veräußert worden, so daß das dem Verpächter zur Sicherung seiner Pachtzinsforderung vom Gesetze gewährte Pfandrecht für ihn jeden materiellen Werth verloren und lediglich als Illusion erschienen sei, trotzdem er zu dessen Schutze verschiedene Maßnahmen in Anwendung gebracht habe. Es fehle eine spezielle Gesetzesbestimmung, welche hier die nöthige Anleitung an die Hand gebe. Wolle man in §. 21. des Betreibungsgesetzes eine solche Anleitung erblicken, so könne diese Gesetzesbestimmung, zufolge welcher bei Verpfändung beweglicher Vermögensstücke, auf denen schon Pfandschulden haften, diese als Vorgang anzumerken seien, doch nur auf eine bereits fällige Pachtzinsschuld bezogen werden, und sei sie somit immerhin nicht in jedem Falle geeignet, den Verpächter vor dem Verluste seines Pfand-

rechts sicher zu stellen, indem es sich leicht ereignen könne, daß bis zum Momente der Fälligkeit des Pachtzinses die Fahrhabe des Pächters mit Pfandrechten Dritter beschwert und zum Zwecke ihrer Befriedigung veräußert sein könnte. Hiezu bemerkt das h. Obergericht: Nur andeutungsweise bemerken wir, daß nach unserm Dafürhalten von einer Lücke in der Gesetzgebung nicht die Rede sein könne. Wir sind der Ansicht, daß das Pfandrecht des Verpächters auf die eingebrachte Fahrhabe des Pächters durch §. 693. des A. B. G., §. 21. des Betreibungsgesetzes und §. 310. lit. e. der P. O. hinreichend gewahrt werde. Der §. 693. des A. B. G. gewährt das Pfandrecht zu Gunsten eines verfallenen und des laufenden Pachtzinses, und nach Mitgabe von §. 21. des Betreibungsgesetzes soll bei Verpfändung einer Beweglichkeit, auf welcher bereits eine Pfandschuld haftet, diese als Vorgang verzeichnet werden. Als ein solcher Vorgang erscheint nun im Falle der Verpfändung der Fahrhabe des Pächters der in §. 693. des A. B. G. genannte Pachtzins und selbstverständlich auch jeder geringste Theil dieses Zinses. Der §. 310. lit. e. der P. O. räumt dann dem Verpächter das Recht ein, auf die eingebrachte Fahrhabe des Pächters eine Beschlagnahme zu erwirken, wenn dieser die Absicht an den Tag legt, dieselbe aus dem gepachteten Gute fortzuschaffen. (O. R. 1860 S. 11.)

2. Das Bezirksgericht B. hob hervor, daß in einem Geldstage das gesetzliche Pfandrecht eines Vermiethers oder Verpächters auf die eingebrachte Fahrhabe des Miethers oder Pächters mit dem auf dem Vollstreckungswege erworbenen Pfandrechte konkurrirt habe, und erörterte die Frage, welchem dieser beiden Pfandrechte der Vorzug gebühre, wie folgt: Der Vermiether resp. Verpächter habe für einen verfallenen und einen laufenden Jahreszins auf das Eingebrachte des Bestehers ein gesetzliches Pfandrecht. In einem Geldstage sei nun die Frage entstanden, ob das allgemeine gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers dem speziellen, durch Betreibung erwirkten Pfandrechte vorgehe oder nicht. Wenn nun schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen das spezielle Pfandrecht dem generellen vorgehe, so liege es ferner schon in der Natur der Sache, daß der durch Betreibung erwirkte Pfandtitel als eine öffentliche Urkunde nicht durch andere, dem Pfandgläubiger nicht bekannte Vorgangsrechte geschwächt, möglicherweise gänzlich aufgehoben werde. Es könnte hiebei nur noch gefragt werden, ob dem Pfändungsbeamten die Pflicht obliege, von Amteswegen einen Vorgang des Pfandrechts für allfällig verfallenen Mieth- oder Pachtzins zu verzeigen. Das Betreibungsgesetz erwähne einer solchen Amtspflicht des Pfändungsbeamten nicht. Gleichwohl erachte das Bezirksgericht, daß bei einer Pfändung für Dritte auf Verlangen des Vermiethers der Miethzins der betriebenen Forderung im Pfandrechte vorgestellt werden müsse. Hiezu bemerkt das h. Obergericht: Wir theilen diese Auffassung, namentlich auch die, daß der Vollstreckungsbeamte gehalten sei, bei Vornahme einer Pfändung der vom Miether oder Pächter eingebrachten vorfindlichen Fahrhabe auf Begehren des Vermiethers oder Verpächters dessen Forderung (§. 693.) als Vorgang zu verzeichnen. Diese Auffassung steht auch

mit §. 21. des Betreibungsgesetzes im Einklang. (O. R. 1862 S. 13.)

6 Auflösung des Vertrages: a. durch Untergang der Sache.

§. 694. Der Bestandvertrag hört auf, wenn der Gegenstand desselben zu Grunde geht. Geht der Gegenstand nur theilweise zu Grunde, so kann der Besteher die Aufhebung des Vertrages verlangen.

1. Zu Grunde geht: Geht die Bestandsache ohne Schuld eines Contrahenten unter, z. B. durch eine Feuersbrunst, so wird das Vertragsverhältniß dadurch gänzlich aufgelöst, d. h. der Besteher von weiterer Zinspflicht, und der Bestandgeber von seiner Pflicht zur Lieferung der Sache, frei. Ist aber der Untergang von einem der Contrahenten selbst verschuldet, so wird derselbe nach §§. 687 bis 689. dem andern gegenüber zum Ersatz verpflichtet.

2. Bei nur theilweisem Untergange der Bestandsache steht dem Besteher, insofern nicht der Bestandgeber ohne Verzug für Herstellung des untergegangenen Theiles sorgt und der Besteher sich damit zufrieden giebt, die Wahl offen, ob er Auflösung des Vertragsverhältnisses oder eine entsprechende Minderung des Bestandzinses fordern wolle. Natürlich ist auch hier Jeder gegenüber dem Andern für die durch seine Schuld verursachte theilweise Zerstörung oder Werthverminderung der Bestandsache zum Ersatze verpflichtet.

b. durch Zeitablauf.

§. 695. Der Bestandvertrag erlischt mit dem Ablauf der festgesetzten Zeit.

Dauert ein Bestand ungeachtet des Ablaufes dieser Zeit ohne neue Verabredung fort, so ist dieses als eine stillschweigende Erneuerung des Vertrages anzusehen.

War der Vertrag ursprünglich auf ein oder mehrere Jahre abgeschlossen, so wird er als auf ein Jahr, war er für kürzere Zeit eingegangen, als auf die früher bestimmte Dauer erneuert angesehen.

1. Festgesetzten Zeit: Ist die Miethe oder Pacht bis zu einem bestimmten Termine abgeschlossen, so beendigt der Termin dem Vertrage gemäß in der Regel auch das Mieth- oder Pachtverhältniß. Dasselbe gilt, wenn eine Sache für einen bestimmten Gebrauch vermiethet worden und dieser Gebrauch beendigt ist.

2. Auf ein Jahr: Stillschweigend nie für länger. Wenn die Bestandsache auf ein oder mehrere Jahre, oder für kürzere Zeit (z. B. nur auf ein Halb- oder Vierteljahr) vermiethet oder verpachtet ist, und es hat kein Theil ausdrücklich gekündigt oder der Besteher bleibt ohne weiters und ohne Einspruch des Bestandgebers im weitern Besitze der Bestandsache, so ist aus diesem thatsächlichen Verbleiben des Bestehers auf eine stillschweigende Erneuerung und Fortsetzung des frühern Vertrages zu schließen, und zwar im ersten Fall (bei der frühern Bestandgabe auf ein oder mehrere Jahre) stets wieder als für ein neues ganzes Jahr, aber nicht für länger, und im zweiten Fall (der Bestandgabe auf kürzere Zeit) als auf den gleichen bis dahin verabredeten Zeitraum, also je nachdem auf eilf, sechs, drei Monate, oder nur einen Monat oder wenige Wochen oder Tage, je

nach dem frühern Vertragsverhältniß. Je nachdem richtet sich dann später auch der Zeitpunkt der nothwendigen Kündigung. (§. 696.)

c. durch Kündigung.

§. 696. Ist in dem Vertrage keine bestimmte Zeit für die Dauer des Bestandes festgesetzt, so hat jeder Theil das Recht, den Vertrag aufzukünden, und zwar mit folgenden Fristen:

bei der Pacht von Grundstücken sechs Monate vor dem Ablaufe des Pachtjahres;

bei der Miethe eines Hauses, einer Wohnung, einer Werkstätte, eines Magazins, einer Stallung, eines Kellers oder eines Kaufladens, auf drei Monate;

bei der Miethe einzelner Zimmer auf einen Monat und bei derjenigen einer beweglichen Sache auf achtundvierzig Stunden.

1. Keine bestimmte Zeit: Auch im Falle des §. 695. können deshalb die daherigen Fristen zur Anwendung gebracht werden; die Bestimmungen des §. 695. gelten nämlich nur für den Fall, daß gar keine Kündigung erfolgt.

2. Auch die Erben der ursprünglichen Contrahenten haben die vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsfristen zu beobachten; denn da das Gesetz keine besondere Bestimmung hierüber enthält, so ist anzunehmen, daß nicht schon der Tod eines der Vertragschließenden an sich den Bestand aufhebe. Auch der allfällige Käufer der Bestandsache, in Folge Veräußerung derselben von Seite des Bestandgebers, ist gleichermaßen an die Kündigungsfristen gebunden. Ja in dem Fall, wo eine bestimmte Vertragsdauer unter den ursprünglichen Contrahenten schon zum Voraus verabredet war, können sogar weder die Erben noch der allfällige neue Eigenthümer vor völligem Ablauf jener festgesetzten Bestandzeit den Bestand aufkünden. Siehe die daherigen Beschränkungen in den folgenden §§. 697 und 698.

3. Will Jemand sicher sein, daß ihm die Aufkündung nicht bestritten werde, so muß er sich dazu der rechtlichen Aufkündung bedienen. Diese rechtliche Aufkündung, sowie die rechtliche Aufforderung zur Räumung eines Gebäudes oder einzelner Theile desselben, geschieht ganz gleich wie bei der Anlegung eines Rechtsbotes (§§. 2 — 4. des Schuldbetreibungsgesetzes) dadurch, daß man an den Gemeindeammann des Wohnorts dessen, dem man aufkünden oder ausbieten will, ein schriftliches Gesuch stellt, worauf Jener dasselbe bewilligt und durch den Gemeindeweibel vollziehen läßt. Der Rechtsdarschlag gegen die Aufkündung oder die Aufforderung ist binnen vierzehn Tagen, von der Eröffnung an, dem Gemeindeweibel schriftlich oder mündlich zu erklären und durch diesen Letztern auf Verlangen schriftlich zu bescheinigen. Erfolgt gegen die Aufforderung zur Räumung eines Gebäudes oder eines Theiles desselben kein Rechtsdarschag, so kann drei Wochen nach der Aufforderung die Ausweisung auf dem Vollstreckungswege (§. 429. der P. O.) verlangt werden (§§. 59 und 60. des Betreibungsgesetzes).

d. Besondere Rechte des Bestandgebers.

§. 697. Der Bestandgeber ist berechtiget, auch vor dem Ablaufe der Bestandzeit (§. 695.) und ohne an Aufkündungs-

fristen (§. 696.) gebunden zu sein, von dem Vertrage sofort abzugehen:

1) wenn der Besteher die Bestandsache auf eine ihrer Natur oder dem Vertrage nicht gemäße, nachtheilige Weise gebraucht;
2) wenn derselbe die Bestandsache ohne Bewilligung in Unterbestand giebt;
3) wenn er den verfallenen Zins nicht binnen drei Monaten, von erlassener Zahlungsmahnung an, entrichtet;
4) wenn durch Zufall eine Ausbesserung der Bestandsache nothwendig wird, die nicht verschoben und während des Bestandes nicht gemacht werden kann;
5) wenn die Sicherheit, welche der Besteher dem Bestandgeber geleistet, vermindert wird und der Erstere dieselbe nicht binnen dreißig Tagen von der erlassenen Aufforderung an ergänzt.

1. Ad 1.: s. die Erl. zu §. 689.; ad 2.: s. die Erl. zu §. 685.

2. Zahlungsmahnung: Das Gesetz versteht hierunter nicht gerade das eigentliche Rechtsbot; doch liefert dieses den deutlichsten Beweis für die geschehene Mahnung im Falle der Bestreitung durch den Gegner.

3. Ad 4.: Bedarf z. B., während die einzelnen Wohnungen vermiethet sind, das Haus einer Reparatur, so müssen sich die Miether die Vornahme dieser ohne Abzug an dem Miethzins gefallen lassen, ungeachtet für sie damit einige Beschränkung in dem Genuß ihrer Wohnung verbunden ist. Wird aber um der Reparatur des Hauses willen die ganze Wohnung für einige Zeit unbrauchbar, so kommt es darauf an, ob diese Reparatur vor Ablauf der festgesetzten Zeit oder gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigungsfrist durchaus nothwendig sei, oder nicht; nur im erstern Fall — der absoluten Nothwendigkeit, z. B. das Haus ist baufällig und droht einzustürzen — ist der Bestandgeber zur sofortigen Auflösung des Vertrages berechtigt; im andern Falle hat er dem Besteher den Vertrag zuerst aufzukünden und bis nach Ablauf der Kündigungsfrist mit der Reparatur zuzuwarten.

4. Sicherheit: Auch die durch das gesetzliche Pfandrecht (§§. 691 bis 693.) kommt hier in Betracht, wenn z. B. der Besteher einen beträchtlichen Theil seiner bisherigen eingebrachten Fahrhabe veräußert oder entfernt.

e Beiderseitige Berechtigung.

§. 698. Die Vertragschließenden können den Bestand vor Ablauf der Vertragszeit gegen Anbietung voller Genugthuung aufkünden.

Die Entschädigung muß bei einer Pacht wenigstens in dem Betrage eines ganzen und bei der Miethe eines halben Jahreszinses bestehen.

Der Besteher hat jedoch die Sache nur dann zu verlassen, wenn ihm der Bestandgeber Genugthuung geleistet oder dafür Sicherheit gestellt hat.

Treffen in einem Bestandvertrage Pacht- und Miethver-

hältnisse zusammen, so bestimmt der überwiegende Werth des Gebrauches der übergebenen Sache den Maßstab der Entschädigung.

1. Der Besteher: sofern nämlich der Bestandgeber der Aufkündende ist.

2. Treffen u. s. w.: Z. B. ein Pächter pachtet ein ganzes Gut mit Haus, Scheune und Grundstücken. Ist nun das Gut ein gar bedeutendes, so daß die Benutzung der Grundstücke als das Hauptsächlichste erscheint, so kommt die Entschädigung für die Pacht, in einem ganzen Jahreszinse bestehend, zur Anwendung. Sind aber der landwirthschaftlich zu bebauenden Güter nur wenige, oder mehr nur in Gartenland bestehend, das Haus dagegen gar groß und umfangreich, oder schön und von hohem Schatzungswerthe, so hat der Betreffende die Entschädigung nur nach dem Verhältnisse der Miethe, also einen halben Jahreszins, zu bezahlen.

3. Die Beendigung des Bestandes zieht auch das Ende des Unterbestandes (allfällige Aftermiethe oder Afterpacht) regelmäßig nach sich. Vorbehalten bleiben in derartigen Fällen allfällige Entschädigungsforderungen des Afterpächters oder Aftermiethers gegen den Afterverpächter resp. Aftervermiether.

f. Durch Geldstag.

§. 699. Der Bestandvertrag hört auf mit dem Eintritt des Geldstages des Bestandgebers oder Bestehers, sowie, wenn die Bestandsache auf einer Zwangssteigerung verkauft wird.

Der die Aufhebung verschuldende Theil hat Entschädigung zu leisten. (§. 698.)

1. Des Geldstages: Auch wenn der Besteher in Geldstag geräth, nimmt man an, die Behörden werden ohnehin die nöthigen Rücksichten eintreten lassen und nicht etwa seine Familie von einem Tage zum andern auf die Straße hinausstellen. Ist der Bestandzins schon zum Voraus bezahlt worden, so kann ohnehin von einer plötzlichen Austreibung des Bestehers durch den Bestandgeber keine Rede sein; ebensowenig, wenn etwa die Freunde oder Verwandten des Bestehers den Zins zahlen. Das Recht des Bestandgebers ist in diesen Fällen weder verletzt noch bedroht, und es wäre dolos, wollte er dessen ungeachtet die Form des Geldstages ausbeuten und sich seinen Verpflichtungen entziehen. Vrgl. „Bluntschli", Com. z. zürch. G. B. §. 1514.

2. Zwangssteigerung: Diese ist auch ohne Geldstag auf dem Betreibungs- oder Vollstreckungswege möglich. Vrgl. hierüber die Erl. zu §. 671.

3. Verschuldende Theil: sei es durch seinen Geldstag, oder sonst durch die wegen seiner verursachte Zwangssteigerung.

4. Entschädigung: nämlich für die Zeit, während welcher der unschuldige Theil entweder (als Bestandgeber) des fortdauernden Zinses bis nach abgelaufener Bestandzeit, oder (als Besteher) des Genusses der Bestandsache, entbehren muß. Als Maßstab zur Berechnung der Entschädigung kommen auch hier die Grundsätze des §. 698. zur Anwendung; s. die dortigen Erläuterungen.

Vierter Abschnitt.

Von dem Leihvertrage.

1 Begriff.

§. 700. Wenn eine nicht verbrauchbare Sache zu einem bestimmten Zwecke oder auf eine bestimmte Zeit zum unentgeldlichen Gebrauche übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag.

1. Der Leihvertrag (die Gebrauchsleihe, das römischrechtliche commodatum) besteht darin, daß der eine (der „Verleiher") dem andern (dem „Entlehner" oder „Empfänger") eine bewegliche oder unbewegliche Sache unentgeldlich zum Gebrauche übergiebt, ohne Uebertragung des Eigenthums und unter der Verpflichtung, dieselbe Sache ihm künftig wieder zurückzugeben.

2. Zu einem bestimmten Zwecke: z. B. ein Buch zum Lesen, das erst zurückgegeben werden soll, wenn es der Empfänger gelesen hat; oder auf eine bestimmte Zeit: sei es auf Jahre hinaus, oder selbst nur für etliche Minuten; z. B. wenn der Empfänger im vorigen Falle das Buch nach acht Tagen zurückstellen muß, habe er es nun gelesen oder nicht.

3. Unentgeldlich: Wird die Sache gegen Entgeld (Lohn oder Zins) zum Gebrauche geliehen, so ist der Vertrag nicht mehr ein Leih-, sondern ein Bestandvertrag im rechtlichen Sinne (vrgl. §. 684.)

4. Zum Gebrauche: nicht aber zum Verbrauche, sonst könnte nicht die Rückgabe der Sache Gegenstand der Forderung des Verleihers sein. Eine Münzsammlung z. B. kann zum Gebrauche geliehen werden — der Entlehner bedarf ihrer vielleicht zu seinen geschichtlichen Studien —; eine Summe Geldes dagegen wird zum Gebrauche geliehen, d. h. in Form des Darlehens, nicht des Leihvertrages. Dadurch, daß die Sache eine nicht verbrauchbare (§. 424.) sein muß, unterscheiden sich sowohl der Bestand- als der Leihvertrag von dem in §. 706. angeführten Begriffe des Darleihens, welches nur von der Leihe verbrauchbarer Sachen handelt.

2. Rechtsverhältnisse.

§. 701. Der Verleiher soll die Sache dem Empfänger während des Zeitraumes überlassen, für welchen er sie ihm übergeben, oder welcher zu dem bestimmten Gebrauche erforderlich ist.

Der Verleiher darf die geliehene Sache nicht willkürlich in jedem Moment, sondern in der Regel nur entweder nach der festgesetzten Zeit oder nach dem gemachten Gebrauch (s. die Erl. 2. zu §. 700.), für welchen dieselbe geliehen worden, zurückfordern. In der Regel wird die Zeitdauer, für welche die Sache geliehen worden, durch den Gebrauchszweck bestimmt, für welchen der Entlehner sie empfangen hat. Es wäre daher eine Verletzung des Vertrauens, würde der Verleiher dieselbe vor dem gemachten Gebrauch willkürlich zurückfordern Wenn z. B. A dem B zu einer Spazierfahrt Wagen und Pferd geliehen, so würde es der guten Treue und nun auch dieser Gesetzesbestimmung zuwiderlaufen, wollte A vor Beendigung der

Fahrt seinen Wagen an sich ziehen und dadurch den B nöthigen, zu Fuße zu gehen.

§. 702. Der Empfänger hat die Sache nach Ablauf der bestimmten Zeit, oder, wenn eine solche nicht festgesetzt ist, auf erstes Verlangen dem Verleiher zurückzugeben.

Ist die Sache zu einem bestimmten Gebrauche überlassen worden, so wird der „Ablauf der Zeit" nach der ungefähren Dauer des Gebrauches bemessen. Man kann dem Verleiher ebensowenig zumuthen, daß er die geliehene Sache auf unbestimmte Zeit hin dem Gebrauche des Empfängers überlasse. Vielmehr ist es eine stillschweigende Voraussetzung des gegenseitigen Vertrauens, daß der Gebrauch mit Beförderung vorgenommen und beendigt werde. Uebergiebt z. B. A dem B ein Buch zum Lesen, so ist die Meinung nicht, daß B das Buch Jahre lang auf seinem Bücherbrett liegen lasse und dann erst die Lectüre beginne; A hat daher das Recht, zu fordern, daß ihm das Buch sobald zurückgestellt werde, als vernünftiger Weise die Benutzung desselben beendigt sein kann. Ist weder ein bestimmter Gebrauch noch eine bestimmte Zeit festgesetzt, so kann der Verleiher die Sache jeden Augenblick wieder zurückfordern.

§. 703. Der Empfänger ist verpflichtet, auf die übernommene Sache die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu verwenden; er haftet für jeden Schaden, welchen die Sache aus seinem Verschulden trifft. Für die Werthverminderung, welche die Sache durch den ordentlichen Gebrauch oder durch Zufall erleidet, ist er nicht verantwortlich.

1. Eines ordentlichen Hausvaters: S. über diesen Begriff §. 628. resp. die Erl. 1. zu §. 540.

2. Der Empfänger soll die Sache mit Sorgfalt gebrauchen und dieselbe vor Schaden wohl bewahren. Die Hauptverpflichtung beim Leihvertrage fällt auf den Entlehner; die eigentliche Klage geht gegen ihn. Da das Geschäft aber wesentlich zu seinem Vortheil gereicht und der Verleiher, indem er es abschließt, wegen dessen Unentgeldlichkeit nur eine Gefälligkeit übt, so ist eben deshalb der Empfänger in besonderem Maße verpflichtet, das Vertrauen des Verleihers nicht zu täuschen und für unversehrte Rückgabe der Sache besorgt zu sein. Er haftet für diese unversehrte Rückgabe und für allen Schaden, den die Sache bis dahin erlitten hat; vorbehalten bleibt ihm nur der Nachweis, daß der Schaden ohne sein Verschulden, d. h. durch den ordentlichen Gebrauch der Sache oder durch bloßen Zufall, bewirkt worden sei. Der Verleiher ist nicht genöthigt, den Beweis zu übernehmen, daß der Schaden durch die Fahrlässigkeit des Entlehners entstanden sei. Will sich der Empfänger von der Pflicht zum Schadensersatz befreien, so hat er den Zufall nachzuweisen. Unser Recht ist in dieser Beziehung zur Strenge geneigt. Z. B. A leiht dem B gläsernes Geschirr zu einem Mittagsmahl, und es wird durch einen Fremden, der während der Mahlzeit hinzugetreten, eine Schale zerbrochen, eine andere von einem Dieb, der sich eingeschlichen, gestohlen; ein Becher, ohne daß man die Ursache kennt, zerspringt; in all' diesen Fällen hat der Empfänger dem Verleiher den Schaden zu vergüten.

Ueber die Fälle, wo der Entlehner sogar für den Zufall haftet, s. §. 704. Wird aber der Werth der Sache nur durch den vorgesehenen Gebrauch, zu welchem sie geliehen worden, vermindert ohne Fehler des Empfängers, so ist in diesem Fall kein Schaden zu ersetzen. Z. B. neue Kleider werden geliehen und verlieren durch den Gebrauch den Schimmer der Neuheit und Frische. Oder ein Schneidinstrument wird geliehen und der Gebrauch stumpft dessen Schärfe ab.

§. 704. **Wenn der Empfänger die Sache zu einem anderen als dem verabredeten Gebrauche verwendet; wenn er den Gebrauch derselben eigenmächtig Anderen gestattet, oder sich in der Zurückgabe einer Säumniß schuldig macht, so ist er dem Verleiher dafür verantwortlich, und haftet selbst für den Zufall, wenn er nicht beweist, daß derselbe die Sache auch ohne dies betroffen haben würde.**

1. Z. B. A hat dem B ein Pferd zu einer Spazierfahrt geliehen und B nimmt dasselbe auf eine größere Reise mit, während welcher das Pferd krank wird und stirbt. Da hat B den Schaden zu ersetzen, ungeachtet er nachweisen kann, daß er im Uebrigen sehr sorgfältig verfahren sei und der Tod des Pferdes eine natürliche Folge seiner körperlichen Zustände, oder äußeren, durchaus zufälligen Ursachen zuzuschreiben sei.

2. Auch ohne dies betroffen: Z. B. das geliehene Glas hat nachweisbar einen Sprung gehabt, in Folge dessen es auch sonst beim ersten Gebrauche zersprungen wäre.

§. 705. **Die Kosten, welche mit dem ordentlichen Gebrauche verbunden sind, hat der Empfänger zu bestreiten; für den außerordentlichen nothwendigen Aufwand, zu dessen Verwendung er die Einwilligung des Verleihers nicht einholen konnte, darf er Ersatz fordern.**

1. Kosten des ordentlichen Gebrauches: Z. B. für den Unterhalt der entlehnten Thiere, für die Reinigung, Hin- und Herschaffung, Aufbewahrung der entlehnten Werkzeuge u. s. w.

2. Außerordentlichen nothwendigen Aufwand: Z. B. das zu einer Reise geliehene Pferd verfällt in eine schwere Krankheit, welche den Empfänger nöthigt, dasselbe zur Verfügung des Verleihers zurückzulassen und inzwischen der Pflege eines Thierarztes anzuvertrauen. Oder ein geliehenes Instrument geht einer raschen Verderbniß entgegen, wenn nicht durch eine wichtige Reparatur geholfen wird und der Empfänger läßt diese im Interesse des abwesenden Verleihers vornehmen. Diese Ersatzforderung beruht auf Gründen der Billigkeit und ist als Nebenforderung gegen den Verleiher gerichtet. — Vrgl. Zürich. Privtgs. §. 1135.; Oestr. Ges. §. 981.

Fünfter Abschnitt.

Von dem Darleihensvertrage.

1. Begriff.

§. 706. **Werden verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben, nach einer gewissen Zeit gleichviel Sachen von**

gleicher Art und Güte zurückzuerstatten, so entsteht ein Darleihensvertrag.

1. Der Dahrleihensvertrag besteht in der Hingabe verbrauchbarer Sachen, meist einer Summe Geldes, zu Eigenthum, mit der Verabredung der Rückgabe einer gleichen Menge von Sachen derselben Art und Güte. Gewöhnlich wird bei diesem Vertrage auch zu gleicher Zeit ein von Seite des Empfängers zu bezahlender Zins verabredet; es gehört dies aber ebensowenig zum Wesen des Darleihensvertrages, als daß die hingegebene Sache nur in Geld bestehen müsse. Ist die Sache eine nicht verbrauchbare, und wird gegen deren Hingabe die Entrichtung eines vom Empfänger zu bezahlenden Entgeldes (Zinses) verabredet, so entsteht ein „Bestandvertrag" (§. 684.), und geschieht die Hingabe dieser nicht verbrauchbaren Sache unentgeldlich nur unter der Bedingung der Rückgabe der gleichen Sache, so kommt ein „Leihvertrag" (§. 700. zu Stande; ist aber die Sache eine verbrauchbare (§. 424.), so ist das Geschäft als „Darlehen" anzusehen und zu behandeln, gleichviel ob die Hingabe gegen Entgeld (Zins) oder unentgeldlich geschehe.

2. Verbrauchbare Sache, hier auch im rechtlichen Sinne besonders „vertretbare" genannt; s. die Erl. 2. zu §. 424. „Bluntschli" bemerkt über diese Eigenthümlichkeit des Darleihensvertrages Folgendes: „Der Begriff der Sachen ist kein natürlicher, sondern nur ein für menschliche Zwecke gemachter; ebenso der Begriff der vertretbaren (resp. verbrauchbaren) Sachen, bei denen es nicht auf individuelle Beherrschung ankommt, sondern deren Werth für den Menschen lediglich in der Quantität besteht, oder, wie die Römer das ausgedrückt haben, welche nur nach Zahl, Maß und Gewicht Geltung haben. Das Haus, das Pferd, das Gemälde sind individuelle Sachen, sogen. Species; daher ist auch das Eigenthum daran eher festzuhalten. Wenn ich eine solche Species einem Andern zum Gebrauch überlasse, so bleibe ich Eigenthümer derselben und begehre die nämliche Sache nach dem Gebrauche zurück. Geld, Getreide, Kaffee dagegen sind vertretbare (verbrauchbare) Sachen. Es kommt bei diesen nicht auf die besonderen Stücke an, sondern nur darauf, daß man eine gewisse Zahl, Maß, Gewicht solcher Sachen von einer bestimmten Gattung hat. Man denkt hier im Verkehr nicht an die Stücke, sondern an die Summen; daher ist auch das Eigenthum daran weniger sicher. Unbedenklich können die einen Stücke einer Gattung durch eine gleiche Menge anderer Stücke ersetzt (vertreten) werden. Auf derlei Sachen bezieht sich das Darlehen. Will ich solche Sachen einem Andern zum Gebrauche überlassen, so übertrage ich daher auf ihn das Eigenthum daran, und verlange nur, daß er mir später ebensoviel Sachen, die gleiche Summe, nicht die gleichen Stücke, zurückgebe. Das Darlehen hat im Verkehr einen ähnlichen Zweck wie die Gebrauchsleihe (der Leihvertrag); aber weil es sich auf vertretbare, diese hingegen auf individuelle Sachen bezieht, so wird jener Zweck durch das erstere in ganz anderer Weise und mit viel eingreifenderer Wirkung erfüllt. Durch jenes wird das Eigenthum übertragen, durch diese nur ein beschränkter Besitz.

3. Nicht zu verwechseln mit dem Darleihensvertrage ist das Darleihensversprechen, als derjenige Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet, einem Andern eine Summe Geldes darzuleihen. Dieses Darleihensversprechen ist also ein das eigentliche Darleihen vorbereitender Vertrag, welcher aus bloßer erklärter Willensübereinstimmung entsteht und in der wirklichen Hingabe des Darleihens seine Erfüllung findet.

§. 707. Der Empfänger wird Eigenthümer der Sache und Schuldner des Darleihens.

Vrgl. die Erl. 1. und 2. zu §. 706.

2. Verfallzeit.

§. 708. Haben die Vertragschließenden einen Tag festgesetzt, an welchem das Darleihen zurückerstattet werden soll, so kann der Gläubiger den Schuldner nicht vor dem Eintritte desselben zur Wiedererstattung des Darleihens anhalten, diejenigen Fälle ausgenommen, in welchen das Gesetz etwas anderes verfügt.

Ist kein Tag bestimmt, so kann der Gläubiger das Darleihen zu jeder Zeit zurückfordern und der Schuldner dasselbe zu jeder Zeit zurückerstatten.

1. Das Gesetz: S. die §§. 664. und 665.; vrgl. auch §. 676.

2. Ist verabredet worden, der Empfänger könne zurückzahlen, wenn es ihm möglich werde oder wenn er wolle, so kann auf Begehren des Gläubigers nöthigenfalls durch richterliches Ermessen ein den Umständen und persönlichen Verhältnissen des Schuldners angemessener Termin zur Rückzahlung angeordnet werden.

3. Einrede des Nichtempfanges.

§. 709. Hat Jemand eine Schuldschrift für ein Gelddarleihen ausgestellt, das ihm nie oder nicht vollständig ausgeliefert worden, so kann er im erstern Falle die Aushingabe des Darleihens oder der Schuldschrift verlangen, im letztern Falle das zu wenig Erhaltene nachfordern; in beiden Fällen kann er der Einforderung der Schuld die Einrede des nie oder zu wenig Empfangenen entgegensetzen.

1. Nie: Der von dem Schuldner unterzeichnete und dem Gläubiger zugestellte Schuldschein stellt den Beweis für den Inhalt der Urkunde her. Behauptet nun der Schuldner, daß er die Summe, für welche er den Schuldschein vorzeitig ausgehändigt, gar nicht empfangen habe, so kann er entweder die Klage auf Ausbezahlung der im Schuldschein enthaltenen Summe oder auf Aushingabe des letzteren gegen den Gläubiger anheben, oder auch sich einstweilen (ein Jahr lang, s. §. 711.) dabei beruhigen und einer inzwischen angehobenen Klage auf Rückzahlung von Seite des Gläubigers die Einrede des Nichtempfanges entgegensetzen. In beiden Fällen hat aber der Schuldner seine Klage, beziehungsweise seine Einrede, zu beweisen.

2. Nicht vollständig: Im Allgemeinen gelten hier die gleichen Regeln wie bei dem in Erl. 1. erörterten Falle. Doch ist hier noch insbesondere Folgendes zu beachten: Vorläufige Abzüge von dem dargeliehenen Kapital sind untersagt; ebenso die vorherige Uebereinkunft, daß die Zinse zum Kapital geschlagen und mit diesem weiter verzinset werden sollen. Es darf weder ein größeres Kapital verschrie-

ben als gegeben, noch dürfen allfällige Zinse zum Voraus vom Kapital weggenommen werden. Z. B. A läßt sich einen Schuldschein von Fr. 100. ausstellen, während er nur Fr. 80. hingezahlt hat. Der Empfänger darf in solchen Fällen die zu wenig empfangene Summe nachfordern. S. auch hierüber die §§. 659 — 661. sammt den dortigen Erläuterungen.

4. Einrede des nicht zugezählten Geldes.

§. 710. Wenn der Schuldner in einer Schuldschrift, welche er über ein Darleihen ausgestellt, den Empfang baaren Geldes als Verpflichtungsgrund angegeben hat und beweisen kann, daß ihm der Gläubiger statt des baaren Geldes ganz oder zum Theil andere Sachen gegeben, so befreit er sich von seiner Verbindlichkeit durch Zurückgabe der empfangenen Sachen, und wenn es verbrauchbare sind, durch Wiedererstattung von gleich viel Sachen, von gleicher Art und Güte.

1. Ist ein Gelddarleihen versprochen, so darf dem Empfänger nicht statt Geld Waare gegeben und verrechnet werden. Ist dies dennoch geschehen, so ist der Schuldner daraus nur zur Rückgabe der noch vorhandenen Waare, und im Fall sie nicht mehr vorhanden ist, zur Zahlung ihres gemeinen Werthes, endlich wenn es verbrauchbare Sachen waren, zur Rückerstattung von gleichviel Sachen gleicher Art und Güte (s. die Erl. 2. zu §. 706.) verpflichtet, nicht aber zur Rückzahlung der in den Schuldschein aufgenommenen Summe in Geld.

2. Ein anderer Fall ist jedoch folgender: B bittet den A, ihm eine Summe Geldes zu leihen; A hat kein baares Geld, aber giebt dem B Werthpapiere oder ein Gemälde u. s. w. in der Meinung, daß B dieselben versilbern und den Erlös als Darleihen benutzen dürfe. Verwandelt nun B die Sachen in Geld, so ist wirkliches, der erlösten Summe gleiches, rechtlich zulässiges Darleihen entstanden. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürich. G. B. §. 1113.

3. S. den folgenden §. 711.

§. 711. Die in den §§. 709. und 710. dem Aussteller einer Schuldschrift eingeräumten Rechte können nur binnen der Frist eines Jahres, von Ausstellung der Schuldschrift an, geltend gemacht werden.

1. Rechte: Nämlich die Geltendmachung der Klage auf Ausbezahlung des Darleihens resp. Aushingabe der Schuldschrift, oder auf Nachzahlung des zu wenig Empfangenen, sowie der Einrede des gar nicht oder zu wenig empfangenen Darleihens. Ferner die Einrede des nicht zugezählten baaren Geldes im Sinne des §. 710., und das Recht, sich durch Rückgabe der empfangenen Sachen von der Schuld zu befreien. Macht der Schuldner während eines ganzen Jahres von diesen ihm zustehenden Rechten keinen Gebrauch, so wird angenommen, er habe freiwillig darauf Verzicht geleistet oder sich inzwischen mit dem Gläubiger auf andere Weise verglichen; und er kann alsdann der Schuldschrift des Letzteren keine der nach §§. 709 und 710. zugekommenen Einreden mehr entgegensetzen, sondern wird völlig als Schuldner der darin aufgenommenen Schuldsumme angesehen und behandelt.

2. Sind beim Darleihensvertrage Zinsbestimmungen festgesetzt worden, so kommen hierüber die allgemeinen Vorschriften der §§. 651 bis 661. zur Anwendung.

Sechster Abschnitt.

Von dem Verdingungsvertrage.

1. Begriff.

§. 712. Wenn sich Jemand um Lohn zu gewissen Dienstleistungen oder zu der Verfertigung eines bestimmten Werkes verpflichtet, so entsteht zwischen ihm und dem Besteller eine Verdingung.

1. Der allgemeine Charakter des Verdingungsvertrages besteht darin, daß der eine Contrahent sich zu einer Arbeitsleistung oder Geschäftsbesorgung aus Auftrag eines Andern verpflichtet, während dieser hinwieder jenem zu einer Gegenleistung in Geld verbunden wird. Von den Verträgen über die entgeldliche Benutzung einer Sache (Bestand-, Leih-, Darleihensvertrag) unterscheidet er sich dadurch, daß er auf eine Arbeitsleistung, und nicht auf den Genuß einer Sache gerichtet ist; und von dem Bevollmächtigungsvertrage (§. 759.) durch seine Zweiseitigkeit.

2. Unter den allgemeinen Begriff des Verdingungsvertrages fallen im Einzelnen namentlich folgende Specialverträge:

a. Der Dienstbotenvertrag, wodurch der eine Vertragschließende (der Dienstbote) sich gegenüber dem Andern (dem Hausherrn) gegen einen von diesem zu entrichtenden bestimmten Lohn zur Leistung der allerverschiedensten häuslichen Dienste im Kreise der Familie verpflichtet. Daher wird auch von vielen Gesetzgebungen der Dienstbotenvertrag im Personen- oder Familienrechte, anstatt im Obligationenrechte, behandelt.

b. Der Lohndienstvertrag im engeren Sinne: Durch denselben verpflichtet sich der Eine, als Arbeiter, nach der Anordnung des Andern (des Dienstherrn), in und außer dem Hause persönliche Dienste zu leisten, wogegen dieser hinwieder jenem Lohn verspricht. Hieher gehören z. B. die Verträge mit Taglöhnern, Fabrikarbeitern, Schreibern und Gesellen.

c. Der Honorarvertrag, auch „Freidienstvertrag" genannt. Solche freie Dienste können sowohl für einen einzelnen Fall verlangt, als auch solche Sachkundige auf die Dauer angestellt werden. Hieher gehören insbesondere: aa. die Dienstleistungen von Lehrern und Erziehern; bb. von Aerzten, Thierärzten, Wundärzten und Hebammen; cc. von Anwälten und Rechtskonsulenten; dd. von Ingenieuren, Chemikern und Technikern; ee. von Sensalen und Geschäftsagenten; und ff. überhaupt alle entgeldlichen Dienstleistungen, bei welchen kein eigentliches Herrschaftsverhältniß des Lohngebers (wie z. B. bei a. und b.) entsteht.

d. Der Werkvertrag: Durch denselben verpflichtet sich der Eine, der Uebernehmer (Handwerker, Techniker, Künstler und dergl.), dem Andern (dem Besteller) ein ganzes Werk auszuführen, wogegen dieser hinwieder jenem Lohn oder Honorar dafür zu zahlen sich verbindlich macht.

e. Der Verlagskontrakt: wodurch ein Autor (Schriftsteller oder Künstler) oder dessen Rechtsnachfolger ein literarisches oder künstlerisches Werk einem Andern, dem Verleger, zur Herausgabe zu übergeben und zu überlassen verspricht, und dieser jenem, die Veröffentlichung des Werkes zu besorgen, beziehungsweise auch dem Autor ein Honorar zu bezahlen.

2. Lohn.

§. 713. Der Besteller, welcher Jemanden mit einer Arbeit beauftragt, der solche nach seinem Stande oder Berufe verfertiget, verpflichtet sich durch den Auftrag zu Bezahlung des ordentlichen Lohnes.

Nach seinem Stande oder Berufe: z. B. ein Handwerker. In solchen Fällen ist der Lohn nicht zum Voraus ausbedungen und bestimmt; aber durch die Bestellung an sich verpflichtet sich der Besteller zur Bezahlung desjenigen Lohnes, welcher gewöhnlich und übungsgemäß für eine derartige Arbeit entrichtet wird. Findet er den Lohn zu hoch, so hat er eine Klage gegen den Uebernehmer auf verhältnißmäßige Herabsetzung (Ermäßigung) desselben.

3. Rechtsverhältnisse.

§. 714. Sind Dienste oder Arbeiten aus Schuld des Bestellers unvollendet geblieben, so hat der Bestellte das Recht auf verhältnißmäßige Entschädigung für das Geleistete.

1. Aus Schuld des Bestellers: z. B. dieser hat dem Bestellten ganz oder theilweise das Material zur Arbeit geliefert und dasselbe zeigt sich als untauglich.

2. Der Besteller einer Arbeit kann auch während der Ausführung desselben die Bestellung jederzeit wieder absagen und von dem Geschäft zurücktreten, wenn er den Uebernehmer für alle Auslagen entschädigt und ihm die bisherige Arbeit bezahlt.

§. 715. Ist die Verfertigung eines Werkes bedungen worden, so haftet derjenige, der sie übernommen, sowohl für die vertragsmäßige Ausführung als für den Schaden, der aus seinem Verschulden in der Ausführung entsteht.

Uebergiebt z. B. der Uebernehmer die Ausführung des Werkes wider den Willen des Bestellers einem Andern an seiner Statt, so haftet er für die daherige mangelhafte Ausführung. Auch muß der Uebernehmer überhaupt für gute Arbeit einstehen. Hat er die Wahl der Stoffe, welche zu dem Werk verwendet werden, und der Gehülfen, die an demselben mitarbeiten, so haftet er auch für die Güte jener und für die Sorgfalt dieser.

4. Zeitverhältnisse.

§. 716. Ist die Zeit, zu welcher das Werk vollendet sein soll, zur Vertragsbedingung gemacht worden, oder ergiebt sich die Zeit aus dem Zwecke des Werkes, so hat der Besteller das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn ihm das Werk nicht zu der bestimmten Zeit abgeliefert wird, und er kann

den Uebernehmer zu dem Ersatze des Schadens anhalten, der ihm aus der Säumniß entsteht.

1. Zur Vertragsbedingung gemacht: d. h. es genügt hiezu nicht die gewöhnliche Redensart, daß man das Werk spätestens binnen einer gewissen Zeit vollendet wünsche, sondern es muß ausdrücklich gesagt worden sein, man übergebe das Werk dem Uebernehmer zur Verfertigung nur unter der Voraussetzung (Bedingung), daß es binnen der genau bezeichneten Zeit oder bis zu dem angeführten Tage vollendet und abgeliefert werde, und der Bestellte muß dasselbe unter dieser Bedingung ausdrücklich oder stillschweigend übernommen haben.

2. Aus dem Zwecke: z. B. es soll vom Schneider ein Hochzeitskleid gemacht werden und der Tag der Hochzeit ist ihm genau bezeichnet worden.

3. Aus der Säumniß: z. B. der Besteller hätte gerade und einzig und allein am Lieferungstage Gelegenheit gehabt, das neu bestellte Werk zu einem hohen Preise zu verkaufen; hier besteht der Schaden in dem allfälligen Minderpreise, um den er gegenwärtig nur noch das Werk veräußern kann.

§. 717. Hat sich der Besteller verpflichtet, dem Uebernehmer den Stoff zu dem Werke zu liefern, oder ihm Vorschüsse zu machen, und ist er säumig, so verliert er das Recht, welches ihm der §. 716. zusichert, und hat dem Uebernehmer den Schaden zu vergüten.

Den Schaden zu vergüten: nämlich nach dem Grundsatze des §. 714., den Uebernehmer für alle Auslagen zu entschädigen und ihm die bisherige Arbeit zu bezahlen.

5. Uebergabe des Werkes.

§. 718. Ist das unternommene Werk vollendet und die bedungene Zeit der Ablieferung eingetreten, so kann der Uebernehmer verlangen, daß der Besteller dasselbe abnehme und den Arbeitslohn bezahle.

Ist der Lohn für das Werk im Voraus genau bestimmt worden, so ist der Uebernehmer verpflichtet, dasselbe um diese Summe zu liefern, und darf keine Erhöhung fordern, auch wenn er mehr Arbeit gehabt oder mehr Auslagen gemacht hat, als vorgesehen worden. Ist der Lohn zum Voraus nicht genau, sondern nur ungefähr bestimmt worden, so kommt entweder die Regel des §. 713. zur Anwendung (s. die dortige Erl.) oder es kann der Werth durch Sachverständige bei der Ablieferung geschätzt und der Lohn bestimmt werden.

6. Zufall.

§. 719. Geht das Werk vor der Uebergabe zu Grunde, so hat der Uebernehmer den Zufall zu tragen.

Ist jedoch der Stoff von dem Besteller geliefert, so trägt dieser den Zufall, soweit derselbe den Stoff betroffen.

1. Geht die Sache vor ihrer Ablieferung durch Zufall unter, und ist der Besteller nicht im Verzug der Annahme (s. diesen Ausnahmsfall im folgenden §. 720.), so trifft der Schaden den Uebernehmer. Er kann weder für seine Arbeit Lohn, noch für seine Auslagen Ersatz fordern. Die neueren Gesetzgebungen folgen hier einer anderen Ansicht, als das römische Recht, welches wenigstens dann

dem Uebernehmer die Gefahr abnimmt und denselben dessenungeachtet zur Lohnforderung berechtigt, wenn das Werk vor der Ablieferung durch höhere Gewalt zerstört wurde.

2. Hat jedoch der Besteller das Material geliefert, so hat er auch die Gefahr für dieses zu tragen. Hat in diesem Falle die Fehlerhaftigkeit des Materials den Untergang der Sache herbeigeführt, so darf, analog der Vorschrift des §. 714., der Uebernehmer außerdem für die vergebliche Arbeit Lohn und für die Auslagen Ersatz fordern, insofern ihm nicht selbst Fahrlässigkeit zur Last fällt. Haben endlich Beide Material geliefert, so trägt jeder die Gefahr für das seinige und haftet für dessen Mängel. Die Gefahr des Stoffes trifft somit dessen Eigenthümer, die der unfruchtbaren Arbeit den Uebernehmer; beides aber gilt nur vom Verhältniß der Contrahenten unter sich. Verwendet der Uebernehmer fremdes, weder ihm noch dem Besteller zugehöriges Material, so kann er sich nicht dem Besteller gegenüber darauf berufen, daß der Eigenthümer des Stoffes ein Dritter sei; er haftet immerhin für die Herstellung des Werkes und muß sich daher nöthigenfalls um neues Material umsehen.

§. 720. **Hat der Uebernehmer den Besteller rechtlich zur Uebernahme des vollendeten Werkes aufgefordert, so trägt der Letztere von diesem Zeitpunkte an den Zufall.**

1. Es ist dies eine Ausnahmsbestimmung der Regel des §. 719.; s. Erl. 1. zu §. 719.

2. Rechtlich: Ueber die Art und Weise der rechtlichen Aufforderung: s. die Erl. 3. zu §. 696.

3. Von diesem Zeitpunkt an: nämlich von dem der Anlegung der rechtlichen Aufforderung durch den Gemeindeweibel, und zwar ohne Unterschied, welcher von beiden Contrahenten den Stoff zur Arbeit geliefert habe.

7. Auflösung des Vertrages.

§. 721. **Der Verdingungsvertrag endet:**
mit dem Ablaufe der bestimmten Zeit;
mit der Uebernahme des Werkes von Seite des Bestellers;
mit dem Tode eines der Vertragschließenden, wenn von den Erben eines Theiles der Vertrag aufgekündet wird. In diesem Falle sind der Bestellte oder dessen Erben berechtiget, für den gelieferten und zweckmäßig verwendeten Stoff Entschädigung und für die bereits fertige Arbeit den Lohn zu fordern.

Mit dem Tode: Der Fortbestand des Vertrages nach dem Tode des Bestellers bietet keine Schwierigkeiten dar, weil des Letzteren Verpflichtung unbedenklich auf seine Erben übergeht, und es dabei nicht auf die Individualität des Bestellers ankommt, vielmehr seine Schuld eine bloße Vermögensschuld ist, die mit der Verlassenschaft auf die Erben übergeht. Nichtsdestoweniger steht auch diesen das Recht zur Kündigung frei, aber sie sind alsdann verpflichtet, auch, ohne daß das Werk vollendet ist, für die bereits geleistete Arbeit den Lohn und für den vom Uebernehmer gelieferten und nicht unzweckmäßig verwendeten Stoff Entschädigung zu bezahlen. — Stirbt der Uebernehmer und ist es bei der Bestellung des Werkes zufällig auf dessen

individuelle Meisterschaft angekommen, so kann alsdann das begonnene Werk kaum vollendet werden; aber es ist dies als ein vom Besteller zu tragender Zufall anzusehen, woran weder dem Uebernehmer noch seinen Erben eine Schuld zur Last fällt, daher Letztere gleichfalls zu den in dieser Gesetzesstelle bezeichneten Anforderungen auf verhältnißmäßigen Lohn und Entschädigung berechtigt sind. Und war endlich der Fall ein solcher, wo vom Uebernehmer keine besonderen Kenntnisse vorausgesetzt worden sind, so ist das Werk immerhin noch durch die Erben ausführbar; der Vertrag kann aber auch da von Letzteren mit Berücksichtigung der Lohn- und Entschädigungsforderung zu ihren Gunsten gekündet werden. Von Seite des überlebenden Contrahenten ist allein wegen des Todes des anderen der Vertrag nicht kündbar, sofern die Erben des Letzteren nicht hiezu einwilligen; wenn aber z. B. die Erben des Uebernehmers das begonnene Werk nicht vertrags- oder sachgemäß ausführen, so steht dem Besteller die Forderung auf Schadenersatz im Sinne des §. 715. zu.

8. Dienstboten.

§. 722. Ein Dienstherr, welcher seinen Dienstboten vor dem Ablaufe der Dienstzeit ohne erheblichen Grund entläßt, hat vom Tage der Entlassung an demselben noch einen Vierteljahrlohn zu bezahlen. Hinwieder verliert der Dienstbote, welcher vor dem Auslaufe der Dienzeit ohne erheblichen Grund den Dienst verläßt, den Anspruch auf den Lohn eines Vierteljahres.

Erfolgt die Entlassung oder der Austritt aus erheblichen Gründen, so wird der Lohn für die wirkliche Dienstzeit bezahlt.

1. Ueber den Begriff des Dienstbotenvertrages: s. die Erl. 2. lit. a. zu §. 712.

2. Ohne erheblichen Grund — aus erheblichen Gründen: Eine spezielle Aufzählung der verschiedenen Gründe erschien dem Gesetzgeber wegen der großen Mannigfaltigkeit der Verhältnisse unzulässig, und daher als zweckmäßiger, im einzelnen Falle auf das freie Ermessen des Richters abzustellen.

§. 723. Ist der Dienstvertrag ohne Festsetzung einer bestimmten Vertragszeit beredet, so dauert derselbe so lange, bis der eine oder andere Theil denselben aufkündet.

Die Aufkündung muß wenigstens zwei Monate vor dem Eintritte eines für den Wechsel der Dienstboten landesüblichen Zeitpunktes stattfinden.

Wird die Kündungsfrist nicht beachtet, so finden die Bestimmungen des §. 722. Anwendung.

Die Bestimmungen des §. 722.: d. h. der nicht oder nicht rechtzeitig aufkündende Dienstbote kann beliebig austreten, verliert dann aber den Anspruch auf den letzten Vierteljahrslohn; anderseits muß die Herrschaft, wenn sie ihrerseits gar nicht oder nicht rechtzeitig aufkündet, dem Dienstboten einen Vierteljahrlohn über den verdienten Lohn hinaus zahlen; — Beides jedoch nur unter der Voraussetzung, daß nicht erhebliche Gründe zum alsobaldigen Austritte oder zur sofortigen Entlassung vorliegen; vrgl. hierüber die Erl. 2. zu §. 722.

Siebenter Abschnitt.

Von dem Gesellschaftsvertrage.

§. 724. Durch den Gesellschaftsvertrag vereinigen sich Mehrere zu einem gemeinschaftlichen Zwecke. 1. Begriff.

1. Das Verhältniß des einfachen Gesellschaftsvertrages besteht in der vermögensrechtlichen Verbindung zweier oder mehrerer Personen, um mit gemeinsamen Kräften und Mitteln einen gemeinschaftlichen Zweck zu erreichen. In der Beziehung auf das Vermögensrecht liegt der Unterschied von anderen sozialen Verbindungen, z. B. zu geselligen Vergnügungen, zu gemeinsamen Studien, zu musikalischen Darstellungen und dergl. Eine „Gesellschaft" im rechtlichen Sinne des Wortes entsteht erst dann, wenn die Gesellschafter vermögensrechtliche Verpflichtungen gegen einander eingehen, d. h. wechselseitig Forderungen und Schulden contrahiren. Jeder Gesellschafter wird dann dem anderen gegenüber zum Gläubiger und Schuldner. Das Vertragsverhältniß ist somit ein wechselseitiges. Indessen braucht die Gesellschaft nicht gerade einen gemeinsamen Vermögenszweck zu haben; nur die Verbindung selbst ist vermögensrechtlich, der Zweck kann außerhalb des Vermögens liegen. Wenn z. B. eine Anzahl Personen sich verbinden, um auf gemeinsame Kosten ein Schauspiel oder eine musikalische Komposition aufzuführen, so ist dies auch eine privatrechtliche Gesellschaft, weil Jeder zu einem Beitrag sich verpflichtet, obgleich der Zweck derselben nicht in's Gebiet des Vermögensrechtes gehört. Vrgl. „Bluntschli", Comm. zum Zürcherischen G. B. §. 1235.

2. Der einfache Gesellschaftsvertrag, auch die „gemeine Gesellschaft" genannt, bildet die Regel der gesellschaftlichen Verbindung und in der Hauptsache ist ihr Begriff und ihre Theorie schon im römischen Recht richtig erkannt und dargestellt worden. Eigenthümliche neuere Rechtsbildungen dagegen sind im Fernern folgende besondere Arten von Gesellschaftsverträgen:

a. Die eigentliche Handels- oder Kollektivgesellschaft ist dann vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen sich zu einer Gesellschaft verbinden, um unter einer gemeinschaftlichen Firma gemeinsam Handel oder Fabrikation oder ein verwandtes Gewerbe zu betreiben.

b. Die Kommanditengesellschaft besteht darin, daß eine oder mehrere Personen, Kommanditäre genannt, sich blos durch ein bestimmtes Kapital, das sogen. Kommanditenkapital, bei einem Handelsetablissement (dem Kommanditirten) betheiligen; jedoch in dem beschränkten Sinne, daß der Kommanditär sich nur bis auf den Betrag des Kommanditenkapitals bei den Gefahren des Handels betheiligt, und nur mit diesem Kapital, nicht aber persönlich und mit seinem übrigen Vermögen einsteht.

c. Die Actiengesellschaft: Bei dieser ist das Vermögen von vornherein in gleiche Theile, „Actien" genannt, vertheilt, und diese haben unter sich gleiche Theilrechte am Gesammtvermögen

der Gesellschaft; sie gründen sich in der Regel auf gleiche Kapitalbeiträge zur Gründung des Actienkapitals. Wer nun durch die Einzahlung solcher Beiträge Mitglied der Gesellschaft, d. h. „Actionär" geworden ist, betheiligt sich bei der Gesellschaft nur mit diesem Actienkapital und wird nicht Schuldner der Gesellschaftsgläubiger, welche lediglich der Actiengesellschaft als einem Ganzen, einer „Korporation" (s. die Erl. zu §. 19.), ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit ihrer Mitglieder, kreditiren.

2. Gesellschaftsgut.

§. 725. Alles, was zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäftes bestimmt worden, macht das Gut der Gesellschaft aus.

D. h. eben nicht nur die einzelnen Beiträge der Gesellschafter, sondern auch Alles, was daraus zur Ausführung des gemeinschaftlichen Zweckes angeschafft worden ist, wie die betreffenden Lokalitäten, Werkzeuge, Möbeln, Vorräthe u. s. w.

3. Gegenseitige Verpflichtungen.

§. 726. Besteht keine andere Verabredung, so ist jedes Mitglied verbunden, einen gleichen Theil zu dem Gesellschaftsgute beizutragen und gleichen Fleiß auf die Geschäfte der Gesellschaft zu verwenden.

Kein Mitglied darf ein Nebengeschäft übernehmen, welches dem Zweck der Gesellschaft entgegensteht.

1. Die Kräfte, welche die Gesellschafter zu verwenden sich ververpflichten, können je nach dem eingegangenen Vertrage auch ungleichartig sein; — z. B. A verspricht eine Geldsumme, B den Gebrauch individueller Sachen, C seine Arbeit beizutragen; — oder von ungleichem Werthe: z. B. A verspricht 100, B 200, C 500 Fr. u. s. w. Dagegen ist, wer überall nichts beiträgt, sondern nur an dem Gewinn Theil nehmen will, auch nicht als eigentlicher Gesellschafter anzusehen, denn das wäre nicht mehr Gesellschaft, sondern Schenkung. Ist jedoch über den Beitrag jedes einzelnen Gesellschafters nichts Näheres verabredet, so gilt im Zweifel die Regel, daß Jeder gleichviel, sei es an Geld oder Arbeit, zum Gute und Geschäfte der Gesellschaft beizutragen habe.

2. Kein Gesellschafter darf ohne Zustimmung der übrigen für eigene Rechnung Geschäfte in dem Betriebszweige machen, für welchen die Gesellschaft gegründet ist. Thut er es dennoch, so können die Uebrigen von ihm entweder die Abtretung seines Spizialgeschäftes an die ganze Gesellschaft oder dessen Austritt verlangen, und in letzterem Falle auch Ersatz für den ihr dadurch inzwischen entstandenen Schaden. Dagegen hebt die Zustimmung der übrigen Gesellschafter diese Bedenken: z. B. der geschäftsführende Gesellschafter hält eine einzelne Spekulation, welche sich innerhalb des Geschäftskreises der Gesellschaft darbietet, für günstig, die übrigen aber für zu gewagt; daraufhin erklärt jener diesen, er wolle sie auf seine eigene Gefahr und Rechnung machen; gestehen dieselben das zu, so handelt er nicht dolos und gesetzwidrig, wenn er das Geschäft für sich abschließt, dessen Nutzen oder Schaden ihn dann auch allein trifft. Die übrigen Gesellschafter sind indessen nicht berechtigt, irgend welchen Einspruch zu erheben, wenn für die Interessen der Gesellschaft aus

dem besonderen Geschäfte eines Einzelnen aus ihnen keinerlei Nachtheil zu besorgen ist, es wäre denn, daß schon bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages ein jedes Mitglied sich hätte verpflichten müssen, während der ganzen Dauer der Gesellschaft keine eigenen Geschäfte zu machen und seine ganze berufliche Wirksamkeit nur dieser zuzuwenden.

§. 727. Ein Mitglied, welches sich nur zur Anwendung seines Fleißes verpflichtet hat, kann zu keinem Beitrage; wer sich nur zu einem Beitrage verbunden hat, zu keinen Arbeiten, und wer sich zu einem bestimmten Beitrage verpflichtet hat, zu keinem Nachschusse angehalten werden. Sollte der Zweck der Gesellschaft ohne Vermehrung des Gesellschaftsgutes nicht erreicht werden können, so muß das Mitglied, welches keinen Nachschuß geben will, mit der Gesellschaft abrechnen und austreten.

1. Kein Gesellschafter ist verpflichtet, zum Behuf der Fortsetzung der Gesellschaft etwas zu leisten, wozu er sich nicht von vornherein verpflichtet hat, also weder Beiträge statt der versprochenen Arbeit, noch umgekehrt, noch über die versprochenen Beiträge hinaus Nachschüsse. Freilich wirkt diese Beschränkung nur gegenüber der Gesellschaft selbst, nicht aber Dritten gegenüber: soweit nämlich die Gesellschafter solidarisch für alle Gesellschaftsschulden gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger haften, soweit müssen sie allerdings über die Beiträge hinaus mit ihrem eigenen Vermögen einstehen.

2. Wenn jedoch innerhalb des bestehenden Gesellschaftszweckes wesentliche Interessen der Gesellschaft das Bedürfniß von Nachschüssen begründen, so kann auch kein Gesellschafter die übrigen hindern, ihrerseits solche nützliche oder nothwendige Nachschüsse zu leisten; aber es steht ihm zu, seinen Austritt zu erklären. In allen gesellschaftlichen Verhältnissen ist sowohl das Interesse und Recht der einzelnen Glieder als der ganzen Gemeinschaft zu beachten. Indem Jemand in eine Gesellschaft eintritt, übernimmt er auch die Verbindlichkeit, die Existenz des Ganzen zu berücksichtigen. Es kommt daher darauf an, diese beiden Momente zugleich zu erwägen und richtig zu bestimmen. Die Interessen der einzelnen Gesellschafter dürfen nicht benachtheiligt, aber es müssen zugleich die gemeinsamen Interessen geschützt werden. Wird auf der einen Seite zugegeben, daß kein Gesellschafter angehalten werden könne, größere Einschüsse zu leisten, als wozu er sich verpflichtet hat, so darf er doch auf der anderen Seite die übrigen Gesellschafter nicht hindern, dem gemeinsamen Bedürfniß der ganzen Gesellschaft gerecht zu werden und ihrerseits die erforderlichen Nachschüsse zu machen. Wird aber in Folge der nun eintretenden Ungleichheit der Beiträge die Stellung des ersteren Gesellschafters diesem unerträglich und kann er sich doch nicht zum Nachschusse entschließen, so ist eben ein Konflikt da zwischen den Interessen des Einzelnen und denen des Ganzen, und es wird Allen genügende Rechnung getragen, wenn dem Gesellschafter gestattet wird, mit den Uebrigen abzurechnen und aus einem Verhältniß auszutreten, dessen Wohlfahrt mit seiner eigenen nicht harmonirt. Z. B. A, B und C gehen eine Handelsgesellschaft ein zur Betreibung einer Spinnerei; die Herstellung der Gebäulichkeiten

und der Maschine erfordern aber mehr Kapital als vorgesehen worden, und es sind Nachschüsse erforderlich; A und B sind dazu bereit, C weigert sich dessen. Hier kann C austreten, aber die anderen Gesellschafter nicht an ihrer Opferbereitwilligkeit hindern. Werden dagegen die Nachschüsse für Zwecke verlangt, die außerhalb des ursprünglichen Gesellschaftszweckes liegen, so ist der sich weigernde Gesellschafter nicht genöthigt, sich eine derartige Erweiterung gefallen zu lassen: z. B. D., E. und F. associren sich zur Betreibung einer Verlagshandlung; D. und E. erklären es zum Gedeihen des Etablissements für nöthig, damit eine Buchdruckerei zu verbinden, und indem sie sich zu erforderlichen Nachschüssen verstehen, wollen sie auch den F. dazu anhalten; dieser weigert sich mit Recht, die Ausdehnung des ursprünglichen Gesellschaftszweckes anzuerkennen. Denn es genügt keineswegs die Aussicht auf schwunghafteren Betrieb des Etablissements, sondern nur ein ernstes, dem Fortbestand desselben nach seiner ursprünglichen Bestimmung entnommenes Bedürfniß.

§. 728. Enthält ein Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung darüber, wie bei der Berathung und Fassung eines Beschlusses über gesellschaftliche Angelegenheiten verfahren werden soll, so gelten die Bestimmungen der §§. 463 und 464.

Die in den §§. 463. und 464. enthaltenen Gesetzesvorschriften kommen also für die Art und Weise der Berathung und Fassung von Beschlüssen in gesellschaftlichen Angelegenheiten nur subsidiär, d. h. nur dann zur Anwendung, wenn die Gesellschaft weder mündlich noch in Statuten darüber etwas Bestimmtes festgesetzt hat; s. im Uebrigen die Erl. zu §§. 463 und 464.

4. Firmaführung.

§. 729. Bei einer Handelsgesellschaft begreift das Recht der Unterschrift (Firmaführung) die Vollmacht in sich, im Namen der Gesellschaft zu handeln. (§. 768.)

1. Ueber den Begriff der „Handelsgesellschaft“: s. die Erl. 2. lit. a. zu §. 724. Die „Firma“ ist der Name der Handelsgesellschaft als eines Ganzen; sie macht es möglich, daß die Gesellschaft im Handelsverkehr als eine eigenthümliche zusammengesetzte Person erscheint. Verschieden von der Firma ist das „Etablissement“, d. h. das Lokal, welches als eigentlicher Sitz des Handelsgeschäftes betrachtet wird. Nur die Firma, nicht der Name des Etablissements, gilt als Name der Gesellschaft. Wer nun das Recht hat, nicht nur seinen eigenen Namen, sondern den der Firma selbst, zu unterschreiben, heißt „Firmaführer.“

2. Dritte Personen sind so lange zu der Annahme berechtigt, ein im Ragionenbuch eingetragener Handelsgesellschafter (soweit er nicht bloßer Kommanditär, s. §. 735., ist) sei zur Firmaführung und als solcher nach dieser Gesetzesstelle auch befugt, im Namen der Gesellschaft wirksam zu handeln, als nicht die Beschränkung, sei es öffentlich im Allgemeinen, sei es ihnen gegenüber besonders, angezeigt worden ist. — Wenn z. B. ein Gesellschaftsvertrag zwischen A und B den A darauf beschränkt, für einen einzelnen Zweig der Geschäfte, z. B. den der Fabrikation, die Firma zu führen, und ebenso den B ausschließlich berechtigt, den damit verbundenen Handelsverkehr zu besorgen,

so kann A dem B gegenüber seine Befugniß überschreiten, wenn er im Namen der Firma ein reines Handelsgeschäft, oder hinwieder B seine Vollmacht mißachten, wenn er ein reines Fabrikationsgeschäft abschließt. Der Dritte braucht sich aber nicht darum zu bekümmern, wenn sowohl A als B als Associé's im Ragionenbuche stehen und ihm weder persönlich noch durch öffentliche Kundmachung etwas von jener Beschränkung bekannt gemacht worden ist; ihm haften daher A und B solidarisch für die unter der Firma A B eingegangene Gesellschaftsschuld.

5. Geschäftsführer..

§. 730. Hat die Gesellschaft einem oder mehreren ihrer Mitglieder die Führung der Geschäfte ausschließlich vertraut, so sind sie als Bevollmächtigte zu betrachten.

Auf ihre Berathungen und Entscheidungen über gesellschaftliche Angelegenheiten sind die Bestimmungen der §§. 463 und 464. anzuwenden.

1. Als Bevollmächtigte: nämlich der ganzen Gesellschaft als solcher; es kommen alsdann betreffend ihre Stellung und Rechtsverhältnisse gegenüber der Gesellschaft die unten in §§. 759 bis 772. enthaltenen Gesetzesbestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag zur Anwendung; s. die genannten Gesetzesstellen sammt den dortigen Erläuterungen.

2. Hat die Gesellschaft mehrere ihrer Mitglieder zu solchen Bevollmächtigten (Geschäftsführern) ernannt, so haben sie sich betreffend ihr Verhältniß unter sich bei Berathungen und Entscheidungen über gesellschaftliche Angelegenheiten nach den Vorschriften der §§. 463 und 464. (s. die betreffenden dortigen Erl.) zu richten; je mehr Antheilsrechte somit einem von ihnen zustehen, ein desto größeres Entscheidungsrecht steht ihm alsdann gegenüber den andern zu. Die geschäftsführenden (bevollmächtigten) Gesellschafter führen die Firma, verwalten das Gesellschaftsvermögen, leiten das Etablissement und handeln Namens der Gesellschaft, Alles nach den vorgenannten Regeln.

§. 731. Die Geschäftsführer sind verpflichtet, den übrigen Mitgliedern die Schriften der Gesellschaft vorzuweisen und denselben über die Geschäftsführung Rechnung abzulegen.

1. In dieser Vorschrift sind nicht etwa alle Verpflichtungen der Geschäftsführer bezeichnet, sondern nur die speziell das Gesellschaftswesen betreffenden hervorgehoben. Ueber ihre allgemeinen Verpflichtungen als Bevollmächtigte s. die §§. 763 — 765.

2. Den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern steht das Recht zu, Einsicht in den Geschäftsbetrieb, die Bücher, Correspondenzen, Urkunden, insbesondere gehörige Ablegung von Jahresrechnungen zu verlangen und überhaupt die Thätigkeit der Geschäftsführer dem Handelsbrauch gemäß zu kontroliren.

6 Gewinn und Verlust.

§. 732. Das Vermögen, welches nach Abzug der Schulden vorhanden ist, macht den Gewinn aus.

Zu den Schulden gehören die von den Mitgliedern gemachten Einschüsse und die Zinsen derselben.

1. Zu den Schulden: Das Gesellschaftsgut an sich besteht

ursprünglich nur aus den Beiträgen der einzelnen Gesellschafter, daher die Gesellschaft als solche für diese einzelnen Beträge Schuldnerin wird und von einem „Gewinne" nicht gesprochen werden kann, bis die Beiträge der Einzelnen sammt den betreffenden Zinsen durch den Geschäftserlös gedeckt und außerdem noch ein weiteres Vermögen erworben worden ist.

2. S. die Entscheidung in Erl. 2. zu §. 736.

§. 733. **Wenn der Vertrag über die Vertheilung des Gewinnes und des Verlustes keine Bestimmung enthält, so soll derselbe unter die Mitglieder zu gleichen Theilen vertheilt werden.**

1. Den Gesellschaftern steht es frei, den Antheil eines Jeden an dem Gewinn und Verlust durch Vertrag zu bestimmen. Die römischen Juristen haben konsequent mit ihrer moralischen Auffassung des Gesellschaftsvertrages diese Regel ausdrücklich durch die Rücksicht auf die Billigkeit beschränkt. Offenbare Unbill in der Ansetzung der Theile, welche dem guten Glauben widerspricht, darf allerdings nicht geschützt werden; aber man muß sich hüten, hier zu leicht eine Anfechtung des verabredeten Theilungsprinzipes zu gestatten. Nur eine Unbill, die den Charakter der Untreue und die Verletzung des guten Glaubens hat, ist nicht zu dulden, im Uebrigen die Freiheit der Willensbestimmung zu respektiren. Bei Verabredung der Theile kommt oft nicht blos die Berechnung der in Geld schätzbaren Beiträge in Betracht, sondern es haben auch mancherlei persönliche Rücksichten und Motive, die nicht so leicht für Dritte zu erkennen und zu werthen sind, häufig einen bestimmenden Einfluß darauf. Es kann sich daher rechtfertigen, daß selbst bei äußerlich gleichen Beiträgen unter Umständen ungleiche Theile bestimmt werden. Oefter kommt auch die Verabredung vor, daß ein Gesellschafter nur an der Chance des Gewinnes, nicht an der des Verlustes Theil habe; ganz unbedenklich und keineswegs unbillig ist dieselbe, wenn die Gefahr des Verlustes dem Gesellschafter abgenommen wird, welcher seine persönliche Arbeit als Beitrag leistet, im Gegensatz zu den Gesellschaftern, welche nur Kapital einwerfen. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1243.

2. Im Zweifel gelten für den Gewinn und Verlust die nämlichen Proportionen. Gewinn und Verlust sind offenbar zwei Schaalen Einer Waage. Das Fallen der einen zieht das Steigen der anderen nach und umgekehrt. Daher stehen sie in einem gleichartigen Verhältniß, und es ist der Schluß auf die Gleichheit der Theile an Gewinn und Verlust ein natürlicher. Wollen die Contrahenten die Gewinnquoten anders normiren, als die Verlustquoten, so sollen sie das ausdrücklich festsetzen.

3. Sind keine besonderen Theile verabredet, so wird angenommen, es seien für Gewinn und Verlust soviel gleiche Theile gemeint, als Gesellschafter sind, ohne Unterschied, ob die einen mehr oder weniger Kapital beigetragen oder sich nur mit ihrer Arbeit betheiligt haben.

7. Haftungspflicht: a. der Gesellschaftsglieder.

§. 734. **Die Glieder der Gesellschaft haften für die Schulden derselben, wenn das Gut der Gesellschaft nicht ausreicht, gemeinsam mit ihrem Vermögen.**

1. War der handelnde Gesellschafter ermächtigt, eine Schuldverpflichtung nicht blos für sich, sondern auch für die übrigen Gesellschafter einzugehen, so werden auch diese mit ihm dem dritten Gläubiger verpflichtet, und zwar Alle als Gesammtschuldner im Sinne des §. 636. (s. die dortigen Erl.) Es ist ferner dem Gläubiger nicht zuzumuthen, daß er sich um die besonderen Theilverabredungen für den Fall des Verlustes unter den einzelnen Gesellschaftern näher bekümmere, denn dieses Theilverhältniß der Gesellschafter unter sich geht ihn nichts an. Dasselbe wird auch dadurch nicht geändert, daß die Gesellschafter dem Dritten zu gleichen Theilen haften. Z. B. in der Gesellschaft A, B C ist A zur Hälfte, B zu einem Viertheil und C zu einem Viertheil betheiligt; indem sie als Schuldner dem D sich für die Summe von Fr. 6000. verbinden, haftet jeder von ihnen dem D zunächst für 2000 Fr. Hat aber infolge dieser Schuld jeder 2000 Fr. bezahlt, so können B und C hinwieder von A jeder Fr. 500. zurückfordern, indem A im Verhältniß der Gesellschafter unter einander die Hälfte der Schuld, B und C aber jedes nur einen Viertheil zu übernehmen hat.

2. Zunächst wird die Gesellschaft (d. h. das Gesellschaftsgut) durch die Handlungen ihrer Geschäftsführer unter ihrer Firma den dritten Personen verbunden, und nur mittelbar (subsidiär) die einzelnen Gesellschafter. Die moderne Ansicht, daß die Gesellschaft im Verkehr mit dritten Personen als eine eigenthümliche Persönlichkeit erscheine und als solche zunächst obligatorisch verbunden werde, ist eine Folge des heutzutägigen Geschäftsganges, nicht sowohl der Rechtstheorie. Schließt ein Geschäftsführer in eigenem Namen, nicht unter dem der Firma, einen Vertrag ab, so wird nur er allein dadurch obligirt und die Gesellschaftsmitglieder in diesem Falle auch nicht einmal subsidiär. Soll die Gesellschaft selbst verpflichtet werden, so muß es in ihrem Namen, resp. unter ihrer Firma, geschehen. Ist das Gesellschaftsgut zur Bezahlung der Schulden nicht hinreichend, so müssen die Gesellschafter mit ihrem eigenen Vermögen einstehen. Sie werden von der Gesellschaft als solcher umfaßt und sind zugleich deren Garanten. Aus ihnen ist die Gesellschaft zusammengesetzt und sie gewähren ihr den nöthigen Kredit. Daher haften sie auch mit Nothwendigkeit für alle Gesellschaftsschulden, aber sie können als Individuen erst in zweiter Linie belangt werden.

3. Mittelbar haften alle Handelsgesellschafter den Gläubigern für die Gesellschaftsschulden nach allgemeinem Handelsrechte solidarisch, d. h. es steht dem Gläubiger das Recht zu, im Sinne des §. 638., Jeden von ihnen nicht nur für die ihn betreffende Theilschuld, sondern für die ganze Gesellschaftsschuld zu belangen; die übrigen Gesellschafter sind dann freilich verpflichtet, diesem je ihren Antheil an der Schuld zu ersetzen. Ueber den Unterschied der eigentlichen Solidarität (Solidarhaft) von dem allgemeinen Begriffe der Gesammtschuld: s. die Erl. 1 und 2. zu §. 641. Auf dieser Solidarverbindlichkeit der Gesellschaft beruht nämlich heutzutage der Kredit der Handelsfirmen. Sie ist durch das Bedürfniß des Verkehrs eingeführt und durch sie erst die Anerkennung der Handelsgesellschaft

als einer Person möglich geworden. Sie ist so allgemein als nothwendig anerkannt und dem Wesen der Handelsgesellschaft entsprechend, daß sie selbst nicht wohl durch einen abweichenden und öffentlich bekannt gemachten Gesellschaftsvertrag wegbedungen werden kann, wenn sie nicht ihren Kredit einbüßen will. Auch ist es in dieser Hinsicht gleichgültig, ob die Gesellschafter zugleich Geschäftsführer seien oder nicht; ebenso ob ein Gesellschafter beim Abschlusse der Gesellschaftsschuld mitgewirkt habe oder nicht. Auch diejenigen Gesellschafter haften mittelbar hinter dem Gesellschaftsgute, welche erst nach der Begründung einer Gesellschaftsschuld in die Gesellschaft eingetreten sind. Selbst wenn ein einzelner Gesellschafter ausdrücklich seine Zustimmung zu einem Vertrag der Gesellschaft mit einem Dritten verweigert hat, haftet er dennoch für die gegen seinen Willen gültig kontrahirte Gesellschaftsschuld, es wäre denn, daß er rechtmäßiger Weise deshalb aus der Gesellschaft ausgetreten wäre. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1299.

b. des Kommanditärs.

§. 735. Wer einer Gesellschaft Geld oder andere Sachen auf Gewinn und Verlust überlassen, sich aber nicht als ordentliches Mitglied der Gesellschaft angekündigt hat, haftet nur mit dem Eingeschossenen.

1. Es ist dies der Fall der sogenannten Kommanditengesellschaft; der sich auf diese beschränkte Weise bei einer Gesellschaft nur mit einem gewissen Kapital Betheiligende heißt „Kommanditär", s. hierüber die Erl. 2. lit. b. zu §. 724.

2. Der Kommanditär haftet auch den Gläubigern der Gesellschaft nicht persönlich für ihre Forderungen, sondern riskirt bei eintretendem Verluste der Gesellschaft einzig, sein eingelegtes Kapital zu verlieren, welches sodann als zu dem Gesellschaftsgute gehörend angesehen wird. Die Gläubiger schließen mit dem Kommanditirten — dem eigentlichen geschäftsführenden Gesellschafter — ihre Verträge ab, nicht mit dem Kommanditär; jener haftet ihnen daher persönlich, nicht dieser. Der Kommanditär ist auch nicht Bürge geworden für die einzelne Gesellschaftsschuld, und kann daher von dem einzelnen Gläubiger auch nicht subsidiär für Zahlung belangt werden. Man kann daher, streng genommen, auch nicht sagen, er hafte den Gläubigern bis auf den Betrag seines Kommanditenkapitals; wohl aber giebt er insgemein bis auf diesen Betrag der Gesellschaft Kredit, und im Konkurse des Kommanditirten muß er daher der Masse gegenüber für das Kapital einstehen.

3. Inwiefern der Kommanditär dem Kommanditirten gegenüber den Schaden mitzutragen habe, den das Etablissement nach der Jahresrechnung erlitten, hängt von dem Gesellschaftsvertrage ab. Dieser bestimmt seinen Antheil am Gewinn und Verlust, sei es ausdrücklich, sei es nach den gesetzlichen Voraussetzungen. Vrgl. „Bluntschli", Comm., §. 1336.

8. Geldstag eines Mitgliedes.

§. 736. Wird über ein Mitglied der Gesellschaft der Geldstag erkennt, so hat die Gesellschaft unter Mitwirkung der Geldstagsbehörde Rechnung zu stellen und ein Guthaben des Mitgliedes an die Behörde herauszugeben; bleibt hingegen

das Mitglied der Gesellschaft etwas schuldig, so kann diese ihre Anforderung im Geldstage geltend machen.

1. Ein Gesellschafter kann um seiner Privatschulden willen in Geldstag gerathen, während die Gesellschaft als solche auch nachher noch zahlungsfähig bleibt. Für diese wäre es im hohen Grade nachtheilig, wenn sie nun zur Liquidation gezwungen werden könnte. Unser Gesetz erkennt daher in §. 742. mit Recht in der Insolvenz des Gesellschafters nur einen Grund zu dessen Ausschließung und nicht zur nothwendigen Auflösung der Gesellschaft. Liquidirt diese freiwillig, so gebührt den Geldstagsgläubigern des Gesellschafters der volle Antheil an der Liquidation, wie allen andern Gesellschaftern. Bleibt dagegen die Gesellschaft fortbestehen, so hat sie ein Recht, sich die Einmischung der ihr fremden Geldtagsgläubiger in ihre Geschäfte zu verbitten. Diese haben nur das Recht, auf Grund eines Status des Gesellschaftsgutes, welches unter Mitwirkung der Geldstagsbehörde auf den Zeitpunkt der Insolvenz (beziehungsweise der Ausschließung) des Gesellschafters zurückzuführen ist, das ihm allfällig zukommende Guthaben zu fordern. Steht die Gesellschaft ihrerseits als Gläubigerin gegenüber dem früheren Gesellschafter und jetzigen Geldstager da, so hat sie ihre Forderung gleich andern Geldstagsgläubigern in dessen Konkurse einzugeben und zu wahren.

2. Zum Betriebe eines Geschäftes wurde eine Gesellschaft gegründet. Nachdem dieselbe, aus zwei Mitgliedern gebildet, einige Zeit bestanden, fiel das eine dieser Mitglieder in den Geldstag. Die Konkursbehörde beabsichtigte nun das in Fahrhabe und Liegenschaften bestehende gesellschaftliche Vermögen nach Mitgabe des §. 31. der Geldstagsordnung in das Geldstagsinventar aufzunehmen; das andere Mitglied widersetzte sich dem, indem es darauf hinwies, daß nach der Bestimmung des §. 736. des A. B. G. die Gesellschaft der Konkursbehörde lediglich Rechnung zu stellen und ein Guthaben des fallit gewordenen Mitgliedes an diese Behörde herauszugeben habe. Das h. Obergericht befand: Erwäge man die Bestimmungen der §§. 738 bis 742. des A. B. G., so lasse sich aus denselben ein Anspruch der Konkursbehörde auf das gesellschaftliche Gut als ein Ganzes, oder was gleichbedeutend sei, ein Recht auf Theilung desselben auf Grund des eingetretenen Geldstages eines Mitgliedes nicht herleiten, so lange die übrigen Mitglieder die Gesellschaft zu erhalten und zu vertreten verlangten. Wohl stünde diesen das Recht der Aufkündung und des Ausschlusses des zur Vertragserfüllung unfähig gewordenen Mitgliedes unter den gesetzlichen Bedingungen zu. Aus der Bestimmung des §. 737. des A. B. G. ergebe sich aber unzweifelhaft, daß der Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft und die körperliche Theilung des Gutes derselben nicht nach sich ziehe, sondern daß die Absicht des Gesetzes überhaupt dahin gehe, den Fortbestand einer auf die Dauer berechneten Gesellschaft als selbstständiger Persönlichkeit, so lange diese den Willen und die Kraft zum Fortbestande und zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft habe, auch dann zu sichern, wenn ein Mitglied aus irgend einem Grunde hinweg falle. Die der Gesellschaft gehörenden beweglichen und unbeweglichen Sachen

müßten also im ungetheilten Besitz und Eigenthum der, wenn auch nur noch in einer Person vertretenen, Gesellschaft bleiben. Dagegen komme bezüglich des in Geldstag gefallenen Mitgliedes die Bestimmung des §. 736. zur Anwendung. Diese Bestimmung könne wohl keinen andern Sinn haben, als daß die übrigen Mitglieder der Gesellschaft im ungetheilten Besitz und Eigenthum aller Objekte derselben zu bleiben berechtigt und im Gegensatze der Bestimmungen von der gewöhnlichen Gemeinschaft und von der Theilung gemeinen Gutes (§§. 466 und 467. des A. B. G.) nur schuldig seien, das Guthaben des in Geldstag gefallenen Mitgliedes herauszugeben, welches Guthaben nach dem Gesetze (§. 732.) in den Einschüssen desselben und in einem sich allfällig herausstellenden weiteren Vermögen (Gewinn) bestehe. Die Ausdehnung des Geldstages auf das Geschäft der Gesellschaft und die den Betrieb desselben bedingenden Objekte würde aber nicht nur die körperliche Theilung, sondern auch die Auflösung der Gesellschaft und die Liquidation des ganzen Geschäftes zur Folge haben, was nicht stattfinden könnte, ohne mit der Bestimmung des §. 736. in offenbaren Widerspruch zu fallen. Einem Mitgliede stehe aber die Befugniß zu, beim vertrags- oder gesetzmäßigen Austritt aus der Gesellschaft seinen Antheil am Gewinn (§. 732.) und überhaupt sein Guthaben herauszufordern. Zum Zwecke der Ermittlung seines Guthabens wäre er als bisheriger Gesellschafter berechtigt, ein Inventar über das Gesellschaftsvermögen zu verlangen und bei dessen Errichtung mitzuwirken. Das gleiche Recht sei aber auch dem Rechtsnachfolger eines Mitgliedes, im Falle dem Konkursrichter, eingeräumt. Auch der §. 736. gebe der Geldstagsbehörde das Recht der Mitwirkung. Diese bestehe nun aber darin, daß die Geldstagsbehörde die Inventarisation verlange und zugleich dabei thätig sei. Im Interesse des in Geldstag gerathenen Gesellschafters, seiner Masse und seiner Gläubiger liege es auch, daß dieses Inventar über das Gesellschaftsvermögen sofort aufgenommen und die Ermittlung seines Guthabens nicht einseitig der Rechnungsstellung der Gesellschaft überlassen werde, indem eben das Inventar die Grundlage der Ausmittlung bilde und Zeit und Ort der Inventarisation Einfluß auf das Ergebniß der Rechnung ausübe. In diesem Sinne habe also die Inventur des gesellschaftlichen Vermögens von Seite des Konkursrichters stattzufinden. (O. R. 1861 S. 37.)

§. 737. **Der Geldstag eines Mitgliedes stellt die Geschäfte nicht ein.**

Siehe die Erl. 1 und 2. zu §. 736.

9. Auflösung der Gesellschaft.

§. 738. Die Gesellschaft wird aufgelöst:

1) durch die Vollendung des Geschäftes, für welches sie eingegangen worden, oder durch den Eintritt eines Umstandes, aus dem es sich ergiebt, daß das Geschäft nicht vollendet werden kann;

2) durch den Ablauf der Zeit, wenn die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen worden;

3) durch den Verlust des Gesellschaftsgutes.

1. Ad 1.: z. B. es bildet sich eine Gesellschaft, um die Korrektion

eines durch die Gemeinde fließenden Baches zu bewerkstelligen. Ist dies gelungen, so hört die Gesellschaft von selbst auf, und ebenso wenn sie entdeckt, daß es wegen unvorhergesehener Hindernisse einer einfachen Gesellschaft gar nicht möglich oder zu köstlich wäre, dieses Projekt auszuführen.

2. Ad 2.: Wollen die Gesellschafter die Gesellschaft über den Termin hinaus fortsetzen, so bedarf es dazu einer ausdrücklichen neuen Verständigung.

3. Ad 3.: Da eine privatrechtliche Gesellschaft ohne die Existenz eines Gesellschaftsgutes gar nicht möglich ist, so hört auch mit dem Untergange desselben — sei es durch Geldstag oder auf andere Weise — der Bestand der Gesellschaft als solcher auf; nicht aber schon durch den Geldstag eines bloßen einzelnen Mitgliedes (s. §. 736. sammt den dortigen Erläuterungen und §. 737.)

§. 739. Die Erben eines verstorbenen Mitgliedes haben weder das Recht, an seiner Stelle in die Gesellschaft zu treten, noch können sie von den übrigen Mitgliedern dazu angehalten werden.

1. Auch der Tod eines einzelnen Gesellschafters vermag so wenig als dessen Geldstag die Gesellschaft der überlebenden Mitglieder aufzulösen, und dessen Erben haben weder das Recht noch die Pflicht, an der Stelle des Erblassers in die Gesellschaft einzutreten. Doch steht den Erben das Recht zu, Ausscheidung des von ihnen ererbten Antheils an dem Gesellschaftsvermögen zu verlangen, gleichwie sie auf der andern Seite für die Schulden des Erblassers an die Gesellschaft haften. Ja, sind bei der Gesellschaft schon bei ihrer Eingehung durch Vertrag auch die Erben verbindlich erklärt worden, so bleibt diesen immerhin der freie Austritt vorbehalten.

2. Ueber die weiteren Folgen des Todes einzelner Mitglieder s. die §§. 741 und 743.

§. 740. Ist die Dauer der Gesellschaft nicht durch Vertrag bestimmt, so kann ein Mitglied nur nach vorausgegangener dreimonatlicher Aufkündung austreten.

1. Bei einer auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft haben die Gesellschafter ihrem Verhältniß einen längern Bestand sichern wollen und die Willkühr der Kündigung in der Zwischenzeit ausgeschlossen; dadurch ist die Fortdauer der Gesellschaft für diese Zeit zu einer gegenseitigen Pflicht geworden. Ausnahmsweise kann sich jedoch aus dringenden Gründen auch hier die Kündigung rechtfertigen, nur ist alsdann der Austretende der Gesellschaft Entschädigung schuldig.

2. Durch die Kündigung resp. den Austritt eines einzelnen Mitgliedes wird der Fortbestand der Gesellschaft durch die übrigen Mitglieder nicht ohne weiteres selbstverständlich; über deren diesfalls entstehendes Recht, in diesem Falle ebenfalls zu künden, s. den folgenden §. 741.

§. 741. Wenn ein Mitglied stirbt oder aus der Gesellschaft tritt, so steht den Uebrigen während dreißig Tagen vom Zeitpunkte an, in welchem ihnen dieser Umstand bekannt geworden, das Recht zu, den Vertrag aufzukünden.

1. Da die Gesellschaft mit Rücksicht auf bestimmte Personen eingegangen worden ist, so ist eine derartige Aenderung in dem Personalbestand ein zureichender Grund zur Kündigung; jeder Gesellschafter kann behaupten, er habe die Gesellschaft nicht ohne besondere Rücksicht auf die Mitwirkung des gestorbenen oder ausgetretenen Mitgliedes eingegangen und kann daher auch seinen Austritt nehmen.

2. Da das Gesetz hier nur eine Frist zur Vornahme der Aufkündung, nicht aber eine Zeitbestimmung festsetzt, binnen welcher der Aufkündende noch in der Gesellschaft zu verbleiben habe, so ist ohne Zweifel hiefür als Meinung des Gesetzgebers auch die dreimonatliche Aufkündung des §. 740. anzunehmen.

§. 742. Ein Mitglied, welches seine Vertragspflichten nicht erfüllt, oder seine bürgerliche Ehrenfähigkeit verliert, kann von den übrigen Mitgliedern von der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

1. Seine Vertragspflichten nicht erfüllt: Eine Frage ist, ob er auch dann auszuschließen sei, wenn er sie nicht erfüllen kann? Es ist dieselbe als im Sinne des Gesetzes liegend zu bejahen. Denn entweder besteht seine Pflicht in der Leistung von Geldbeiträgen: Dies kann er immer erfüllen, so lange er nicht insolvent ist, und ist er dieses, so giebt dieser §. wegen des daherigen Verlustes der bürgerlichen Ehrenfähigkeit den übrigen Gesellschaftern das Recht zu dessen Ausschlusse; oder seine Pflicht besteht in der Leistung der Arbeit: Wird er nun arbeitsunfähig, so darf den übrigen Gesellschaftern auch nicht zugemuthet werden, ihn länger im Genusse des Ertrages vom Gesellschaftsgute zu belassen. Vorübergehende Hindernisse, wie zeitliche Krankheiten u. s. w., fallen hier natürlich nicht in Berücksichtigung. Die Erfüllung aller übrigen Vertragspflichten hängt nur von seinem freien Willen ab, und leistet er denselben nicht Genüge, so kann er schon nach dem Wortlaute dieser Gesetzesstelle ausgeschlossen werden.

2. Seine bürgerliche Ehrenfähigkeit verliert: nämlich wenn er mit einer peinlichen Strafe belegt oder vergeldstagt wird. Letzterer Umstand macht ihn theils zur ferneren Erfüllung seiner Vertragspflichten, theils zur subsidiären Mithaft für die Gesellschaftsschulden unfähig. Bezüglich des Eintritts seiner Ehrlosigkeit darf der Gesellschaft nicht zugemuthet werden, mit einem Mitgliede die Verbindung fortzusetzen, das wegen eines gemeinen Verbrechens zur Zuchthaus- oder einer andern peinlichen Strafe verurtheilt worden ist, wenn auch das Verbrechen nicht gegen die Gesellschaft selbst gerichtet war.

3. In allen diesen Fällen hat übrigens die Gesellschaft dem Ausgeschlossenen das ihm noch zukommende allfällige Guthaben herauszugeben, wogegen er seiner Haftpflicht für die Gesellschaft entledigt wird; s. jedoch die Beschränkung des folgenden §. 743.

§. 743. Bei einer Gesellschaft, deren Mitglieder bekannt gemacht worden, haften Austretende, oder die Erben verstorbener Mitglieder, Dritten gegenüber, für die Geschäftsverhand-

lungen der Uebrigen auf so lange, als ihr Austritt nicht bekannt gemacht ist.

1. Deren Mitglieder bekannt gemacht: wie z. B. bei Handelsgesellschaften durch das Ragionenbuch.

2. Dritten gegenüber: d. h. gegenüber den eigentlichen Gesellschaftsgläubigern. Derselbe Fall tritt auch ein, wenn sich eine solche Gesellschaft vollständig auflöst, bei deren Eingehung die Mitglieder bekannt worden sind. Ist nämlich bei der spätern Auflösung die besondere Kundmachung unterlassen worden, so ist jeder Dritte, der in gutem Glauben mit einem der bisherigen Vertreter der Gesellschaft kontrahirt, berechtigt, sich noch an die sämmtlichen früheren Gesellschafter zu halten, wie wenn er wirklich eine Gesellschaftsschuld erworben hätte.

Achter Abschnitt.

Von dem Schenkungsvertrage.

§. 744. Das rechtliche Geschäft, durch welches Jemand sich verpflichtet, eine Sache einem Andern unentgeldlich zu überlassen, heißt ein Schenkungsvertrag. 1. Begriff.

1. Schenkungsvertrag heißt ein Rechtsgeschäft, welches darin besteht, daß Jemand aus freiem Willen, sowie ohne dazu rechtlich verbunden zu sein, einem Andern eine Vermögensbereicherung zuzuwenden sich verpflichtet, welche dieser auch in entsprechender Willensmeinung annimmt. Der erste heißt Schenker oder Schenkgeber, der andere der Beschenkte oder Schenknehmer. Innerhalb dieses allgemeinen Begriffes wird von vielen Gesetzgebungen die „Schenkung" vom bloßen „Schenkungsversprechen" unterschieden und erstere als dann vorhanden angesehen, wenn Jemand (der Schenker) aus Freigebigkeit einem Andern (dem Beschenkten) aus seinem Vermögen eine Bereicherung zuwendet und dieselbe diesem zukommt, letzteres (das Schenkungsversprechen) aber als Begründung einer Schuld des Schenkers an den annehmenden Beschenkten, die versprochene Leistung zu erfüllen. Unser Gesetz hat jedoch mit Recht diese Unterschiede in einem Gesammtbegriffe, dem „Schenkungsvertrage", vereinigt, ohne Rücksicht darauf, ob die Schenkung schon vollzogen sei oder nicht; denn in Wirklichkeit begründet das „Schenkungsversprechen" schon die eigentliche Vertragsverbindlichkeit, und mit deren Erfüllung (der vollendeten „Schenkung") hat auch sowohl die Verbindlichkeit als das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt seine natürliche Auflösung erreicht.

2. Der Schenkungsvertrag begründet entweder eine Schenkung unter Lebenden, wenn der Schenker das Geschenk sich selber entzieht und damit den Beschenkten bereichert, oder eine Schenkung von Todeswegen (§. 750.), wenn der Schenker das Geschenk noch bei seinen Lebzeiten behält und es erst seinen Erben entzieht,

um dem Beschenkten vor diesen den Vorzug zu geben, mit andern Worten, wenn der Schenker die Erfüllung des Schenkungsvertrages bis nach seinem Tode hinausgeschoben haben will und somit das Rechtsgeschäft von der Bedingung abhängig macht, daß der Beschenkte den Schenker wirklich überlebe.

3. Als besondere Arten der Schenkung sind der Form und Absicht nach hervorzuheben: a. die sogenannte „remuneratorische Schenkung" oder „Schenkung aus Erkenntlichkeit", d. h. eine solche, wozu der Schenker durch Dankbarkeit bewogen wurde. Es ist dies eine wahre Schenkung, ihrer Wirkung nach unabhängig von der Wahrheit des Beweggrundes, und unterliegt daher auch den gesetzlichen Beschränkungen des Schenkungsvertrages (§§. 745 — 747.). Indessen ist es möglich, daß einer solchen Gabe nicht sowohl die Absicht zu schenken, als vielmehr die, einen Dienst zu belohnen, zu Grunde liegt, wenn auch ein rechtlicher Anspruch auf Lohn nicht begründet ist; eine solche Gabe kann alsdann rechtlich nicht als Schenkung angesehen werden. b. Die „belästigende Schenkung" oder „Schenkung mit einer Auflage": Hier liegt in der Annahme der Schenkung zugleich die Uebernahme einer weiteren Verpflichtung, sei es zu einer Leistung an den Geber selbst, oder dessen Erben, oder an einen Dritten, oder zu irgend einer andern Handlung. Es entsteht daraus eine Klage auf Erfüllung der ausbedungenen Auflage, im ersten Fall für den Schenker oder dessen Erben, im zweiten Fall für den Dritten oder deren Erben; in jedem Fall aber kann wegen verschuldeter Nichterfüllung das Geschenkte zurückgefordert werden. Uebrigens finden darauf, soweit darin eine wirkliche Schenkung liegt, auch die Vorschriften des Gesetzes über den Schenkungsvertrag Anwendung; besonders bezieht sich hierauf der §. 748. — c. Bezüglich der Schenksache (des Geschenkes) kann sich der Schenkungsvertrag auf alle nur möglichen Vermögensrechte beziehen, daher oft auch in ein anderes Rechtsgeschäft eingeschlossen oder versteckt werden, wie z. B. in einen Kaufs- oder Gesellschaftsvertrag, wobei der Kaufpreis oder der Gesellschaftsbeitrag geschenkt wird; diese Fälle können aber auch in der Art stattfinden, daß das Rechtsgeschäft ein (z. B. aus Kauf und Schenkung) gemischtes ist, sofern nur ein Theil dabei geschenkt wird, und sind zu unterscheiden von einer reinen Schenkung, welcher nur der falsche Schein eines andern Rechtsgeschäfts gegeben ist. Das Rechtsgeschäft ist alsdann insoweit als Schenkung zu behandeln, als sich nach Absicht und Inhalt der die Schenkung bildende Bestandtheil ausscheiden läßt.

2. Beschränkungen.

§. 745. **Der Schenker darf nur über so viel verfügen, als er durch eine letzte Willensverordnung zu vergaben berechtiget ist.**

1. Diese Gesetzesbestimmung bezieht sich nicht etwa blos auf die „Schenkung von Todeswegen", sondern auch auf die „unter Lebenden". (S. über diesen Unterschied die Erl. 2. zu §. 744.).

2. Durch letzte Willensverordnung: mit andern Worten, er muß das Pflichttheilsrecht seiner nächsten gesetzlichen Erben schon bei seinen daherigen Handlungen bei dessen Lebzeiten berücksichtigen, und darf nicht mehr schenken, als ihm dies durch eine letztwillige Verordnung zu thun gestattet wäre. Die diesfälligen gesetzlichen

Bestimmungen über das Pflichttheilsrecht finden sich im Erbrechte §§. 912 — 924. In den §§. 912 — 918. sind die Verwandtschaftsfälle angeführt, in denen bestimmten Verwandten oder den Ehegatten ein gesetzliches Pflichttheilsrecht zusteht, das nicht überschritten werden darf; und in §§. 919 — 924. die Fälle, in denen der Testator berechtigt ist, seine nächsten Verwandten oder den Ehegatten ganz oder theilweise zu enterben, also auch der Schenker, das in §§. 912 — 918. enthaltene Pflichttheilsrecht ganz oder theilweise unberücksichtigt zu lassen. Um Wiederholungen zu vermeiden, verweisen wir im Uebrigen hier einfach auf die Erläuterungen zu den angeführten erbrechtlichen Gesetzesstellen.

§. 746. **Hat der Schenker seine Berechtigung überschritten, so ist die Schenkung nur so weit gültig, als seine Befugniß reicht.**

1. „Es kommt wohl vor, daß die Form der Schenkung unter Lebenden gewählt wird, um in ihr eine Schenkung von Todeswegen zu verbergen und so das Erbgesetz zu umgehen. Zum Schein schenkt man bei Lebzeiten und übt so scheinbar das Recht freier Verfügung aus, in Wahrheit aber will man auf den Todesfall schenken und, wozu man nicht berechtigt ist, den Pflichttheil der Erben durch solche Handlungen schmälern. Gegen derlei Scheingeschäfte soll das Recht Schutz gewähren; dieselben können daher als pflichtwidrig angefochten werden." (Bl.)

2. Auch eine solche pflichtwidrige Schenkung ist aber nicht an sich ungültig, sondern nur insoweit, als sie dem Pflichttheil Abbruch thut. Der so bereicherte Beschenkte muß daher nur soviel herausgeben, als zur Ergänzung des Pflichttheils (§§. 912 — 918.) nöthig ist.

§. 747. **Hat einer mehrere Schenkungen gemacht und dabei seine Befugniß überschritten, so geht die ältere der jüngeren vor.**

D. h. je die zuletzt Beschenkten haben das ihnen Geschenkte herauszugeben bis zu dem Betrage, über welchen der Schenker frei hätte verfügen dürfen. Z. B. A besitzt ein Vermögen von 21,000 Fr., er hat keine Kinder und ist unverehelicht, aber sein Vater B lebt noch; im Januar 1865 schenkt er dem C 4000 Fr., im Juni gleichen Jahres dem D auch 4000 Fr. und im Hornung 1866 dem E noch 500 Fr. Der noch lebende Vater C besitzt nun nach §. 912. ein Pflichttheilsrecht bis auf zwei Drittheile des Vermögens seines Sohnes A, so daß ihm jedenfalls 14,000 Fr. letztwillig belassen werden müssen und A nicht mehr als 7000 Fr. verschenken darf. Die den Betrag von 7000 Fr. übersteigenden Schenkungen des A sind somit ungültig. Von den Beschenkten C, D und E ist nun aber nicht jeder schuldig, an den die Befugniß des A überschrittenen Schenkungsbetrag von zusammen 1500 Fr. gleichmäßig das zuviel Geschenkte zurückzubezahlen, sondern der zuletzt Beschenkte E hat seine 500 Fr. ganz, der vor ihm Beschenkte D die noch fehlenden 1000 Fr. und der zuerst Beschenkte C gar nichts herauszugeben.

§. 748. **Ein beläftigender Vertrag, in Folge dessen Jemand,**

der Notherben hinterläßt, einem derselben eine Sache unter dem wahren Werthe veräußert, ist in soweit als eine Schenkung auf Abschlag des künftigen Erbtheiles dieses Notherben anzusehen, als der dafür entrichtete oder versprochene Gegenwerth sich nicht auf zwei Drittheile des Werthes der überlassenen Sache beläuft.

1. Ein beläſtigender Vertrag: ſ. hierüber die Erl. 3. lit. b. und c. zu §. 744.

2. Notherben: Dieser Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem der pflichttheilsberechtigten Erben, ſ. die Erl. 2. zu §. 745.

3. Unter dem wahren Werthe veräußert: z. B. der Vater A hat zwei Söhne B und C, beide sind seine Notherben; er veräußert nun ein Grundstück im Werthe von 4000 Fr. an B gegen einen Kaufpreis von nur 1000 Fr.

4. Insoweit, als u. ſ. w.: Nach obigem Beiſpiele (Erl. 3.) würden nun zwei Drittheile des eigentlichen Werthes des an B veräußerten Grundstücks die Summe von Fr. 2666. 67. betragen. Die daherige Veräußerung ist somit als eine Schenkung im Betrage von 1666 Fr. 67 Rp. an den Notherben B auf Abschlag des künftigen Erbtheils dieses Letztern zu betrachten, so daß nachher der Bruder C beim Tode des Vaters A berechtigt ist, vom Erbe des Letzteren gegenüber dem Bruder B, zwar nicht 4000 Fr., wohl aber 1666 Fr. 67 Rp., zum Voraus zu beziehen, ohne daß B dafür einen Gegenwerth aus dem Erbe beanspruchen darf.

3. Widerruflichkeit der Schenkung.

§. 749. Eine Schenkung, welche nicht durch Uebergabe der geschenkten Sache vollzogen ist, kann vom Schenker, nicht aber von seinen Erben, widerrufen werden.

Sie kann gegen die Letztern nur dann eingelegt werden, wenn darüber eine den Beweis des Versprechens enthaltende Urkunde besteht.

1. Welche nicht u. ſ. w.: Es ist dies der Fall des bloßen Schenkungsverſprechens, ſ. hierüber die Erl. 1. zu §. 744.

2. Der Schenker ist zwar durch sein Versprechen Schuldner des Beschenkten geworden, weshalb auch diese Schuld von Rechtswegen als eine auf dem Vermögen ruhende Last auf die Erben des Schenkers übergeht, wenn eine Urkunde über den Schenkungsvertrag ausgefertigt worden ist und der Schenker ihn bei seinen Lebzeiten nicht widerrufen hat. Die Natur dieser Schuld verstattet jedoch, als auf keiner vorherigen Rechtsverbindlichkeit beruhend, eine leichtere Lösung als andere, auf Empfang eines Gegenwerthes beruhende Obligationen; daher auch dem Schenker, so lange er lebt, frei steht, sein gegebenes Versprechen wieder zurückzunehmen, ohne daß es seinerseits einer ausdrücklichen Begründung dieses Widerrufes bedarf. Ist aber bereits die Schenkung vollzogen, d. h. die Sache dem Beschenkten zum Geschenk hingegeben, so ist auch für den Schenker ein solcher Widerruf unstatthaft, es wäre denn, daß er seine Befugniß im Sinne der §§. 745 — 747. überschritten hätte.

3. Zum Uebergange der Klagbarkeit des Schenkungsverſprechens auf die Erben bedarf dasselbe der schriftlichen Form, resp. der Unter-

schrift wenigstens des Schenkers. Ist aber die blos mündlich versprochene Sache nachher von dem Schenker dem Beschenkten übergeben und dadurch die Schenkung bekräftiget worden, so können weder jener noch seine Erben die geschenkte Sache aus dem Grunde der fehlerhaften Form zurückfordern.

4. Schenkung von Todeswegen.

§. 750. Wird eine Schenkung erst nach dem Tode des Schenkers fällig, so muß die Urkunde, durch welche sie bewiesen werden soll, mit den gleichen Förmlichkeiten versehen sein, wie eine letzte Willensverordnung.

1. Nach dem Tode fällig: Es ist dies die sogenannte „Schenkung von Todeswegen"; s. über diesen Begriff und dessen Unterschied von dem der „Schenkung unter Lebenden" die Erl. 2. zu §. 744.

2. Gleichen Förmlichkeiten: Dieselben sind vorgeschrieben in den §§. 925 — 934. des Erbrechts; s. die betreffenden Gesetzesstellen sammt den dortigen Erläuterungen. Da aber zu solchem Zwecke eine „Urkunde" nothwendig ist, so gelten für die Schenkung von Todeswegen nur die Formen für die schriftlichen letzten Willensverordnungen, diejenigen für die mündlichen dagegen sind hiefür ungenügend; es kommen also nur die §§. 927 — 932., resp. die Bestimmungen der §§. 935 und 936. über die Zeugenfähigkeit, zur Anwendung, nicht aber die §§. 933 und 934. Auch die mündlich gerichtliche Form des §. 928. ist für die Schenkung von Todeswegen zulässig, da über die daherige gerichtliche Verhandlung nachher eine Urkunde ausgefertigt, versiegelt und hinterlegt werden muß. Volljährige Bevormundete können nur in der Form des §. 928. Schenkungen von Todeswegen errichten.

5. Geldstag des Schenkers.

§. 751. Ein noch nicht vollzogener Schenkungsvertrag wird durch den Geldstag des Schenkers aufgehoben.

Es ist der Billigkeit gemäß, daß die Geldstagsmasse, die nicht einmal zur Befriedigung derjenigen Forderungen hinreicht, welche in dem Geschäftsverkehr und empfangenen Gegenwerthen einen Grund haben, nicht auch noch durch nicht vollzogene Schenkungen vermindert werde. Wer nicht im Stande ist, seine natürlichen Verpflichtungen zu erfüllen, soll nicht durch freiwillige Liberalitäten sein Vermögen noch weiter belasten und den rechtmäßigen Gläubigern entziehen. Ist aber die Schenkung vor dem Geldstage vollzogen worden und so das Eigenthum an dem Geschenk auf den Beschenkten übergegangen, dann kann dieselbe nur dann angefochten werden, wenn die Schenkung offenbar oder nachweisbar nur den Zweck hatte, die Geldstagsgläubiger zu benachtheiligen (§. 162. lit. c. des peinlichen Strafgesetzes).

Neunter Abschnitt.

Von dem Aufbewahrungsvertrage.

1. Begriff.

§. 752. Der Aufbewahrungsvertrag besteht in der Uebernahme einer fremden Sache, mit der Verpflichtung, dieselbe vor Schaden zu bewahren.

Das preußische Landrecht und das österreichische Gesetzbuch nennen dieses Rechtsgeschäft „Verwahrungsvertrag", das zürcherische Gesetzbuch „Hinterlegungsvertrag", das römische Recht „Depositum". Da derselbe hauptsächlich das Interesse des Deponenten und die gute Aufbewahrung einer Sache bezweckt, so hat gleich mehreren andern schweizerischen Gesetzgebungen auch die Aargauische den Ausdruck „Aufbewahrungsvertrag" vorgezogen. Derselbe wird abgeschlossen durch Ueberlieferung, beziehungsweise Uebernahme einer fremden beweglichen Sache zum Zwecke der Aufbewahrung, ohne weitere Verpflichtung als die, die Sache möglichst vor Schaden zu bewahren, gut im Gewahrsam zu halten und auf erstes Begehren des Uebertragenden wieder zurückzugeben. Der Uebergebende heißt „Deponent" oder „Uebergeber", der Uebernehmer „Depositär" oder „Aufbewahrer". Ob der erstere Eigenthümer sei oder nicht, ist völlig gleichgültig.

2. Verpflichtungen des Aufbewahrers.

§. 753. Der Aufbewahrer haftet für den Schaden, welchen die Sache aus seinem Verschulden erleidet und ist gehalten, sie dem Uebergeber auf Verlangen mit allem Zuwachse wieder zuzustellen. Er hat kein Recht, die Zurückgabe der Sache dem Uebergeber aus einem andern Grunde, als auf eine Verfügung der zuständigen Behörde, zu verweigern. Jedoch ist er berechtigt zu fordern, daß vor der Zurückgabe der Uebergeber das gesetzlich Vorgeschriebene (§. 756.) leiste.

1. Für den Schaden: den er absichtlich oder aus Fahrlässigkeit verschuldet hat. Als solche Fahrlässigkeit gilt es auch, wenn die Sorgfalt, welche er im Interesse der fremden Sache verwendet hat, eine geringere ist als die, welche er auf seine eigenen Sachen verwendet hat. Z. B. es bricht in dem Hause des Aufbewahrers Feuer aus und gelingt den Anstrengungen desselben, seine eigenen Sachen zu flüchten und dadurch zu retten, während die deponirten untergehen; da ist im Zweifel hieraus zu schließen, er habe auf jene mehr Sorgfalt verwendet, als auf diese. Er wird daher, soweit sich das ergiebt, dem Uebergeber für den Schaden verantwortlich. Es kommt hiebei durchaus auf billige Erwägung der Umstände an. Hat z. B. der Aufbewahrer sein Mobiliar versichert und um deswillen einen Ersatz gefunden für die ihm verbrannten Sachen, so kann ihm nicht die Unterlassung einer neuen Versicherung für einige vorübergehend deponirte Gegenstände zum Vorwurf gemacht werden. Vergl. Preuß. Landr. I. 14., §§. 11. und ff.; Code civil §. 1927.; Zürch. G. B. §. 1139.

2. Mit allem Zuwachse: z. B. hat die zur Aufbewahrung übergebene Kuh inzwischen ein Rind geworfen.

3. Kein Recht — zu verweigern: Hat sich die Sache inzwischen ohne Verschulden des Aufbewahrers verschlimmert, so muß sich der Uebergeber auch mit der Rückgabe derselben in ihrem jetzigen Zustande befriedigen. Der Grund der Rückforderung ist lediglich der Vertrag, nicht das Eigenthum des Uebergebers an der deponirten Sache; der Aufbewahrer kann daher auch nicht den Beweis verlangen für das Eigenthum des Uebergebers. Ja, wenn eine Sache deponirt worden ist, welche mit Wissen des Aufbewahrers nicht dem Ueber-

geber, sondern einem Dritten eigenthümlich zugehört, so ist dennoch der Erstere nur verpflichtet, sie dem Uebergeber selbst wieder zurückzustellen, und nicht berechtigt, sie dem Eigenthümer oder irgend einem andern Dritten abzuliefern, insofern nicht eine ausdrückliche Verfügung der zuständigen Behörde dazu vorliegt, z. B. darauf Beschlag gelegt oder von dem Gerichte die angestellte Eigenthumsklage des Dritten zu des Letztern Gunsten entschieden worden ist.

4. Der Aufbewahrer darf der Rückgabe auch weder die Einrede der Kompensation (Gegenrechnung), noch die der Retention (Zurückbehaltung bis nach erhaltener Bezahlung einer andern Schuld des Uebergebers) vorschützen, außer für die ihm nach §. 756. für den stattgefundenen nothwendigen Aufwand zu vergütenden Kosten und die versprochene oder berufsweise zu fordernde Belohnung. Ist eine Geldsumme deponirt, so erscheint es als Treubruch, wenn der Depositär dieselbe auf Verlangen des Deponenten nicht sofort zurückgiebt; er darf daher nicht andere Geldforderungen, z. B. einen Kaufpreis, in Abrechnung bringen, und ebensowenig die übergebene Sache wie ein Faustpfand behandeln; einzig für die ihm nach §. 756. von der Aufbewahrung selbst herrührenden Forderungen hat er ein Zurückbehaltungsrecht bis nach erhaltener Bezahlung derselben.

§. 754. Hat der Aufbewahrer die Sache auf unbestimmte Zeit übernommen, so ist er berechtigt, dieselbe zu jeder Zeit dem Uebergeber zurückzubieten.

Hat er sich verpflichtet, die Sache während einer bestimmten Zeit zu verwahren, so ist er nur dann berechtiget, den Uebergeber vor dem Ablaufe derselben zu der Zurücknahme aufzufordern, wenn er durch unvorhergesehene Ereignisse in die Unmöglichkeit versetzt wird, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Schaden aufzubewahren.

In die Unmöglichkeit versetzt: z. B. wegen der Entfernung von seinem bisherigen Wohnorte, oder der Vornahme einer längeren Reise, während welcher er auf seine eigenen Kosten die Sache einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben müßte, u. s. w.

§. 755. Dem Aufbewahrer steht kein Gebrauchsrecht an der übernommenen Sache zu.

Die Gestattung des Gebrauches von Seite des Uebergebers wandelt die Aufbewahrung in ein anderes Rechtsgeschäft um.

1. Der Aufbewahrer darf die deponirte Sache weder gebrauchen noch benutzen. Gebraucht er dieselbe dennoch ohne Zustimmung des Uebergebers, so geht die Gefahr der Sache völlig auf ihn über, und er haftet alsdann dem Uebergeber nicht blos für den durch den Gebrauch entstehenden Minderwerth, sondern auch für allen, auch ohne seine Schuld entstehenden zufälligen Schaden.

2. In ein anderes Rechtsgeschäft: War die übergebene Sache Geld, so wandelt sich der Aufbewahrungs- in einen Darlehensvertrag (§. 706.) um; war es eine andere Sache, so entsteht dadurch je nachdem ein Bestand- oder Leihvertrag (§§. 684 und 700.) z. B. A hinterlegt bei dem Kaufmann B auf unbestimmte Zeit in versiegelten Säcken von je Fr. 2500. eine Summe von Fr. 10,000.

und bemerkt dabei, wenn B das Geld für seinen Handel verwenden wolle, so habe er nichts dagegen. Einige Zeit nachher benutzt B das Geld, um Wechsel im Betrage von Fr. 5000. einzulösen. Von diesem Moment an ist B für Fr. 5000. Darleihensschuldner des A geworden. Für die andern Fr. 5000. haftet er auch ferner als bloßer Aufbewahrer. Die einen Fr. 5000. sind daher in das Eigenthum des B übergegangen und die Gefahr dafür liegt ihm ob. An den andern Fr. 5000. ist dagegen A Eigenthümer geblieben, und wenn diese Summe ohne Verschulden des B geraubt wird, so trifft der Schaden den A. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1142.

3. Verpflichtungen des Uebergebers.

§. 756. Der Uebergeber ist verpflichtet:
1) dem Aufbewahrer den nothwendigen Aufwand zu vergüten, den er auf die Sache verwendet;
2) dem Aufbewahrer die Belohnung auszurichten, die er ihm versprochen hat, oder die derselbe infolge seines Berufes fordern kann.

1. Nothwendigen Aufwand: s. §. 436. sammt den dortigen Erläuterungen.

2. Infolge seines Berufes: z. B. als Notar oder Geschäftsagent.

3. Ueber das daherige Zurückbehaltungsrecht des Aufbewahrers bis nach erhaltener Bezahlung der diesfälligen Forderungen s. §. 753.

§. 757. Fällt dem Uebergeber in der Zurücknahme der Sache eine Säumniß zur Last, so ist der Aufbewahrer berechtigt, für die fernere Aufbewahrung eine Belohnung zu verlangen; er ist von dieser Zeit hinweg nur für grobe Nachlässigkeit und Gefährde verantwortlich und kann in jedem Falle den Ersatz des Schadens fordern, der ihm durch die Säumniß verursacht wird.

1. In der Zurücknahme: Dies ist auch in der Art möglich, daß der Aufbewahrer von sich aus von der ihm nach §. 754. zustehenden Berechtigung Gebrauch machen, aber der Uebergeber dieses Recht nicht anerkennen will, oder sonst mit der Annahme zögert.

2. Eine Belohnung: nämlich auch dann, wenn eine solche nicht ausbedungen war oder der Aufbewahrer dieselbe infolge seines Berufes nicht fordern kann.

3. Grobe Nachlässigkeit und Gefährde: Diese kann sowohl in einem Thun als in einem Unterlassen bestehen. Z. B. der Aufbewahrer weiß, daß in Folge seines Thuns oder Nichtthuns die Sache zu Grunde gehen könne, und trotz der offenbaren Gefahr — sei es in der entschiedenen Absicht der Schädigung oder nicht — unterläßt er jeden Versuch, den Schaden zu vermeiden.

4. Ersatz des Schadens: Z. B. das eingestellte Pferd hat während der Zögerung der Annahme von Seite des Uebergebers eine ansteckende Krankheit erhalten und steckt auch die Pferde des Aufbewahrers an. Diesen Schadensersatz kann er noch neben der Belohnung fordern.

§. 758. Wird die Zurücknahme verzögert, so kann der Aufbewahrer den Uebergeber rechtlich auffordern, die Sache in einer angemessenen Zeitfrist zu Handen zu nehmen.

Ist der Uebergeber unbekannt, so geschieht die Aufforderung öffentlich nach den Vorschriften der Prozeßordnung.

Läßt der Aufgeforderte die Zeitfrist verfließen, so kann der Aufbewahrer die Sache öffentlich verkaufen und den Erlös für sich verwenden. Meldet sich der Uebergeber inner zehn Jahren, so ist ihm der Erlös nach Abzug der Kosten zuzustellen.

1. Rechtlich auffordern: s. über die Vornahme der rechtlichen Aufforderung die Erl. 3. zu §. 696.

2. Nach den Vorschriften: nämlich der §§. 302 — 304. der Civilprozeßordnung.

3. Oeffentlich verkaufen: nach §. 671. des A. B. G.; der Verkauf unter der Hand ist in solchen Fällen untersagt.

4. Inner zehn Jahren: Nach Ablauf dieser Frist ist die Rückforderung des Uebergebers im Sinne des §. 852. (s. unten) verjährt; er hat alsdann gar keinen Anspruch mehr auf die deponirte Sache.

5. Nach Abzug der Kosten, nämlich: a. der dem Aufbewahrer nach §. 756. Ziff. 2. und §. 757. gebührenden Belohnung; b. des auf die Sache verwendeten nothwendigen Aufwandes; c. des allfällig durch die Zögerung erlittenen Schadens (s. die Erl. 4. zu §. 757.); d. der Kosten der rechtlichen und öffentlichen Aufforderung; und e. der allfällig erlaufenen Steigerungsgebühren.

Zehnter Abschnitt.

Von der Bevollmächtigung und von der Geschäftsführung ohne Auftrag.

1. Bevollmächtigungsvertag. 1. Begriff.

§. 759. Der Vertrag, durch welchen Jemand im Auftrage eines Andern an dessen Stelle ein Geschäft zu besorgen übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag.

1. „Der Bevollmächtigungsvertrag", auch „Mandat" oder Auftrag genannt, erzeugt die Verpflichtung des Einen (des Bevollmächtigten), welcher den ihm ertheilten Auftrag angenommen hat, ein Geschäft nach dem Willen des Andern (des Vollmachtgebers) zu besorgen. Es kann dies von Seite des Erstern freiwillig oder gegen Lohn (§. 766.) geschehen. Gegenstand des Vertrages dürfen nur gesetzlich erlaubte, erst vorzunehmende Geschäfte sein, bei deren Ausrichtung nicht blos der Bevollmächtigte, sondern wenigstens zugleich der Vollmachtgeber oder ein Dritter Interesse hat. Die Bevollmächtigung kann auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft oder auf eine ganze Gattung oder Reihe von Geschäften, und so auch auf Besorgung aller Vermögensangelegenheiten einer Person, gerichtet, und darf nur nicht ganz unbestimmt sein. Wirkung dieses Ver-

trages ist theils die Begründung einer Stellvertretung des Vollmachtgebers mit deren rechtlichen Folgen, in welcher Beziehung eben dieses Rechtsgeschäft auch „Vollmacht" heißt, theils die Entstehung einer gegenseitigen Verbindlichkeit zwischen den beiden Vertragschließenden.

2. Unter den allgemeinen Begriff des Bevollmächtigungsvertrages fallen als spezielle Unterarten folgende Rechtsgeschäfte:

a. die „Bevollmächtigung kraft öffentlichen Auftrags": In manchen Fällen wird unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Aufsicht eine Verwaltung gewisser Güter angeordnet und dafür ein Bevollmächtigter bestellt; so z. B. bei den Fällen der Pflegschaft (§§. 263 — 274.), u. a. m.

b. die Ausstellung von „Kreditbriefen": Durch dieselben wird dem Adressaten von dem Aussteller der Auftrag gegeben, auf Begehren eines Dritten und auf Rechnung des Ausstellers die von Jenem verlangten Summen bis auf eine bezeichnete Gränze zu bezahlen.

c. die „Anweisung", auch „Assignation" genannt: durch diese wird dem Angewiesenen (Assignaten) von dem Anweiser (Assignanten) der Auftrag gegeben, eine Summe Geldes an einen Dritten (den Assignatar) auszuzahlen, und zugleich der Letztere ermächtigt, die Zahlung in Empfang zu nehmen. Siehe hierüber im Weitern die §§. 827 — 832.

d. das Kommissionsgeschäft: Der Eine (der Kommissionär) besorgt gewerbsmäßig den Abschluß von Handelsgeschäften (Kauf oder Verkauf) im Interesse und auf Rechnung eines Vollmachtgebers (des Kommittenten), aber unter eigenem Namen und gegen Provision.

e. die Spedition: Wer die Versendung von Waaren an einen andern Ort berufsmäßig betreibt (Spediteur), ist dem Auftraggeber darüber nach den Grundsätzen des Bevollmächtigungsvertrages, gleichwie dieser jenem, verpflichtet.

3. Ueber die „Geschäftsführung ohne Auftrag": s. die §§. 773 bis 775.

2. Stellvertretung des Bevollmächtigten.

§. 760. Der Bevollmächtigte darf seine Vollmacht einem Andern übertragen; er ist aber dem Vollmachtgeber für die Handlungen des Stellvertreters verantwortlich.

Ist die Bestellung eines Stellvertreters ausdrücklich gestattet, oder wird dieselbe durch Umstände unvermeidlich, so haftet der Bevollmächtigte nur dann, wenn er bei der Auswahl der Person nicht die gehörige Sorgfalt angewendet hat.

1. Verantwortlich: Das Vertrauen des Vollmachtgebers ist durchschnittlich der Person des Bevollmächtigten zugewendet und dieser in Folge des Auftrags zum Schuldner geworden. Dieser darf daher wohl, auch ohne dazu ausdrücklich Bewilligung erhalten zu haben, einen Stellvertreter (Substituten) an seine Stelle setzen und diesem die Vollziehung des Auftrages übertragen, haftet dann aber auch für alle Verschuldungen dieses Stellvertreters, und zwar auch dann, wenn er in der Auswahl desselben sorgfältig verfahren war. Der Vollmachtgeber hält sich für den Schaden zunächst an seinen direkt

Bevollmächtigten, und dieser kann sich von seiner Haft nicht dadurch befreien, daß er nachweist, er habe den Schaden nicht persönlich veranlaßt. Die Verschuldung seines Substituten wird ihm in diesem Falle selbst angerechnet, und er mag dann seinerseits hinwiederum Regreß gegen seinen Stellvertreter nehmen, dem er willkührlich vertraut hat.

2. Durch Umstände unvermeidlich: z. B. er wird unversehens krank und der Vollzug des Auftrags leidet keinen Aufschub.

3. Nicht die gehörige Sorgfalt: Dasselbe gilt, wenn er fremde Hülfspersonen (Handwerker, Taglöhner) anstellen muß; dagegen hat er allerdings für seine eigenen Dienstboten, Gesellen, Arbeiter unbedingt einzustehen.

3. Mehrheit der Bevollmächtigten.

§. 761. Wird mehreren Bevollmächtigten zugleich ein Geschäft übertragen, so ist die Mitwirkung Aller nothwendig, sofern die Vollmacht nicht etwas Anderes bestimmt.

Wenn mehrere Personen einzeln einen gleichlautenden Auftrag empfangen haben, so haftet Jeder für sich aus dem besondern Auftrag und hat er denselben auch allein auszuführen. Wenn aber mehreren Personen gemeinsam derselbe Auftrag geworden ist, und dabei nichts Anderes festgesetzt wurde, so haben sie im Zweifel bei Erfüllung desselben zusammenzuwirken und sind auch zusammen für das Ganze verpflichtet; indessen hat, was nachweisbar einer allein von ihnen verschuldet hat, auch er allein zu ersetzen.

4. Wirkung der Vollmacht.

§. 762. Durch die Handlungen, welche der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen der Vollmacht vornimmt, kann er auch für den Vollmachtgeber Rechte erwerben und Verbindlichkeiten begründen.

Der Bevollmächtigte kann für seinen Vollmachtgeber mit dritten Personen alle möglichen Geschäfte und Verträge abschließen, und zwar so, daß, wenn er sich als Bevollmächtigter zu erkennen gegeben hat, nicht der Vertreter, sondern der Vertretene direkt zum Gläubiger oder Schuldner wird. Die Ausbildung des freieren Verkehrs in neuerer Zeit hat zu einer umfassenden Anerkennung des Grundsatzes freier Stellvertretung auch für den obligatorischen Vertrag geführt, welches Prinzip dem römischen Obligationenrechte noch fremd war. Wenn z. B. B mit Vollmacht des A mit C im Namen des A einen Vertrag abschließt, so wird nicht etwa zunächst der handelnde B mit C verbunden, sondern in erster Linie A, sei es, daß für A eine Forderung erworben, sei es, daß A zum Schuldner des C wird.

§. 763. Ueberschreitet der Bevollmächtigte die Grenzen seiner Vollmacht, so haftet er persönlich.

Der Vollmachtgeber wird in diesem Falle nur so weit verpflichtet, als die Vollmacht geht, oder als er das Geschäft genehmiget, oder den daraus entstandenen Vortheil sich zueignet.

1. Persönlich: nämlich sowohl dem Vollmachtgeber gegenüber für die nicht gehörige Erfüllung des Auftrages, im Sinne des §. 764., als auch dem Dritten gegenüber, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat. Durch die Ueberschreitung seiner Vollmacht wird der Vollmachtgeber berechtigt, die allfällig vom Bevollmächtigten für ihn

eingegangenen und der Vollmacht widersprechenden Verbindlichkeiten von sich abzulehnen, wogegen sich nun der Dritte für die daherige Forderung an den Bevollmächtigten selbst zu halten befugt ist. Z. B. A giebt dem B den Auftrag, ihm eine Sache durch die Post zu schicken, und B, der den Auftrag angenommen, übersendet dieselbe durch einen mit eigenem Wagen reisenden Freund C, der unterwegs krank wird und liegen bleibt; die Sendung kommt daher zu spät oder in verschlimmertem Zustande an die Adresse. Oder A beauftragt den B, das Haus des D zu kaufen, und statt dessen kauft er das Haus des E; oder eine Wohnung im Innern der Stadt zu miethen, und B miethet ein Landhaus. In diesen Fällen wird eigentlich nicht blos die Grenze des Auftrages „überschritten", sondern der Auftrag gar nicht erfüllt und statt dessen ein anderes Geschäft vollzogen, für welches keine Vollmacht ertheilt war. Eher paßt der gesetzliche Ausdruck zu folgendem Beispiele: B hat den Auftrag, die Aecker und Wiesen des C für A zu kaufen, aber ohne das Wohnhaus des C; da aber C nur beides zusammen verkaufen will, so wagt B, beides zugleich zu kaufen. Auch da ist A — wie in obigen Fällen — nicht genöthigt, das Geschäft anzuerkennen. Will aber B das Wohnhaus für sich selber behalten und kann er sich darüber mit C verständigen, so wäre es gegen die gute Treue, wollte A nun die Uebernahme der übrigen Güter verweigern. Kann sich indeß B darüber nicht mit C verständigen, so bleibt B, und nicht A, Kaufschuldner des C für alle genannten Liegenschaften.

2. Als die Vollmacht geht: Kauft der Bevollmächtigte z. B. die Sache nur zu höherem Preise, als der Vollmachtgeber höchstenfalls bestimmt hat, oder verkauft er in dessen Auftrage eine Sache zu geringerem Preise, als der Vollmachtgeber als Minimum verordnet hat, so kann er diesen doch zur Anerkennung des Kaufes resp. Verkaufes anhalten, insofern er (der Bevollmächtigte) bereit ist, dort den Mehrbetrag und hier den Minderbetrag des Preises dem Vollmachtgeber zu ersetzen; und auch wenn er nicht dazu bereit ist, haftet der Vollmachtgeber dem dritten Verkäufer als Kaufschuldner persönlich bis auf die in der Vollmacht festgesetzte Summe, und für den Mehrbetrag der Bevollmächtigte.

3. Genehmigt oder den Vortheil sich zueignet: Die Genehmigung kann auch im Stillschweigen des Vollmachtgebers enthalten sein. Z. B. der Bevollmächtigte giebt ihm Kenntniß von dem Sachverhalte und stellt ihm dem Vortheil einer Ueberschreitung des gegebenen Auftrages dar; der Vollmachtgeber weckt sodann durch sein Stillschweigen den Glauben, daß er dazu einwillige. Oder der Vollmachtgeber nimmt trotz der Ueberschreitung der Vollmacht die für ihn erworbenen Gegenstände in Empfang.

4. Hinsichtlich der Grenzen der Vollmacht überhaupt unterscheidet die Theorie drei Arten derselben: die universelle, generelle und spezielle. Die universelle erstreckt sich zwar auf die gesammte Vermögensverwaltung für den Vollmachtgeber, ist aber deshalb nicht schrankenlos. Der Bevollmächtigte darf auch in diesem Falle nicht ganz so frei verfügen, wie wenn er selbst Eigenthümer wäre, sondern sein

Recht wird beschränkt, theils durch die Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Vollmachtgebers, theils durch den ihm bekannten Zweck des Auftrages. Er darf daher in der Regel nicht Schenkungen machen, noch das ganze Vermögen oder wichtige Bestandtheile desselben veräußern. Das generelle Mandat umfaßt die Besorgung einer ganzen Gattung von Geschäften und ermächtigt daher zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche der ordentlichen Verwaltung des betreffenden Geschäftskreises angehören. Z. B. B übernimmt die Liquidation eines Waarenmagazins; da reicht seine Vollmacht soweit, als die gewöhnliche der Liquidatoren. Das spezielle Mandat bezieht sich nur auf ein einzelnes Geschäft, z. B. den Ankauf einer bestimmten Sache. Je enger der Kreis der Vollmacht ist, um so beschränkter ist die Befugniß des Bevollmächtigten, aber auch um so bestimmter. Bei einer universellen oder generellen Vollmacht können leicht Zweifel entstehen, ob der Bevollmächtigte zu einer einzelnen Handlung, z. B. einer Veräußerung oder Verpfändung, befugt sei oder nicht; die Spezialvollmacht dagegen löst gewöhnlich derlei Zweifel; soweit daher die Ungewißheit jener hemmend wirkt, ist durch diese nachzuhelfen. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürich. G. B. §. 1180.

5. Verpflichtungen des Bevollmächtigten.

§. 764. Der Bevollmächtigte hat das übernommene Geschäft mit dem Fleiße eines ordentlichen Hausvaters zu besorgen.

Ist er ein Geschäftsmann, so haftet er überdies noch dafür, daß er die erforderlichen Kenntnisse besitze, um das übernommene Geschäft gehörig zu führen.

Der Bevollmächtigte ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Vollmachtgeber durch sein Verschulden erleidet.

1. Eines ordentlichen Hausvaters: S. über diesen Begriff §. 628. resp. die Erl. 1. zu §. 540. In allen derartigen Verkehrsverhältnissen ist es durchaus unnatürlich und verwerflich, blos formell zu verfahren und den Geist durch den Buchstaben zu tödten. Das geschieht aber, wenn der Auftrag blos wörtlich interpretirt wird. Es ist eine naturgemäße Voraussetzung des Verkehrs, daß der Beauftragte nicht wie eine gedankenlose Maschine den Auftrag vollziehe, sondern als vernünftiger Mensch die ihm anvertrauten Interessen des Vollmachtgebers richtig besorge. Der Bevollmächtigte muß sich daher in die Seele des Vollmachtgebers und in den Geist seines Auftrages hineindenken. Ueberzeugt er sich, daß die Veränderung der Umstände, die der Vollmachtgeber noch nicht gekannt hat, einer wörtlichen Vollziehung im Wege stehe und der Zweck des Auftrages in solcher Weise nicht oder nur zum Schaden des Vollmachtgebers gereichen würde, so begeht er geradezu durch blos buchstäbliche Ausführung ein Unrecht gegen den Vollmachtgeber. Z. B. A giebt dem B den Auftrag, ihm durch den Fuhrmann C eine Waare zu schicken oder bei E ein Fabrikat zu kaufen; nun zeigt sich aber, daß C inzwischen so heruntergekommen ist, daß ein sorgfältiger Mann ihm den Transport nicht weiter anvertrauen würde, oder daß das Fabrikat des E allen Kredit verloren hat; da darf B den Auftrag so nicht mehr vollziehen, ohne gerade deshalb für den Schaden verantwortlich

zu werden. Ist Zeit genug da, sich durch Korrespondenz mit dem Vollmachtgeber vorerst zu verständigen, so muß dieselbe von dem Bevollmächtigten benutzt werden, um eine Abänderung des Auftrages zu veranlassen; ist aber der Vollzug nicht zu verschieben, so darf und soll er von sich aus, soweit die Interessen des Auftraggebers es nöthig machen, die Abweichung vornehmen. (Bl.)

2. Für den Schaden: Vrgl. die Erl. 1 — 3. zu §. 760. und 1 — 3. zu §. 763.

§. 765. Der Bevollmächtigte ist verpflichtet, dem Vollmachtgeber alle aus dem Geschäfte erwachsenden Vortheile zuzuwenden, ihm auf sein Verlangen zu jeder Zeit über die Lage des Geschäftes Auskunft zu geben; ihn von den Schriften, die sich auf dasselbe beziehen, Einsicht nehmen zu lassen und demselben Alles herauszugeben, was ihm nach Abzug seiner für die Geschäftsbesorgung zustehenden Gegenforderungen herausgebührt.

1. Erwachsenden Vortheil: Der Bevollmächtigte hat auch das herauszugeben, was er dem Vollmachtgeber von allfälligen Dritten nicht eigentlich schuldig geworden ist, überhaupt alle sonstigen Vortheile, die durch eine geschickte Vollziehung des Geschäftes gewonnen werden, es wäre denn, daß der Dritte mit Absicht den Bevollmächtigten für seine Person bei der Gelegenheit beschenken wollte.

2. Gegenforderungen: S. den folgenden §. 766.

6. Verpflichtungen des Vollmachtgebers.

§. 766. Der Vollmachtgeber ist verpflichtet, dem Bevollmächtigten auf sein Verlangen die zu der Besorgung des Geschäftes erforderlichen Vorschüsse zu machen, ihm den nothwendigen und nützlichen Aufwand zu ersetzen, den er des Geschäftes wegen gemacht, und dasjenige zu bezahlen, was er ihm für die Geschäftsführung versprochen, oder was derselbe nach seinem Stande oder Berufe zu fordern hat.

Mehrere Vollmachtgeber haften dem Bevollmächtigten gemeinsam.

1. Nothwendigen und nützlichen Aufwand, nicht aber bloß „zierende" Verwendungen, sofern der Auftrag nicht ausdrücklich dahin gegangen ist; s. im Allgemeinen über diese Begriffe den §. 436. mit den dortigen Erläuterungen. Die Verpflichtung des Vollmachtgebers ist nur eine Nebenverbindlichkeit; sie entsteht erst dann, wenn eine Belohnung wirklich verabredet wurde oder der Bevollmächtigte seinem Stande oder Berufe nach etwas zu fordern hat, endlich wenn Letzterer für die Erfüllung des Auftrages Auslagen hat auf sich nehmen müssen. Sie folgt nicht mit Nothwendigkeit schon aus dem Auftrage selbst. Z. B. B hat im Auftrag des A ein Pferd gekauft und den Preis aus seinem Gelde erlegt; oder B hat im Auftrage des A den Garten desselben neu anlegen und anpflanzen lassen und die Arbeiter bezahlt; in beiden Fällen kann B von A Zurückerstattung fordern.

2. Der Bevollmächtigte kann auch fordern, daß ihn nach vollzogenem Auftrage der Vollmachtgeber von den Verbindlichkeiten befreie, die er einstweilen auftragsgemäß hat auf sich nehmen müssen. Z. B.

B ist aus Kauf für A zum Schuldner des Preises oder aus Lohndienstvertrag zum Schuldner des Lohnes gegenüber dem betreffenden Dritten geworden; da hat B das Recht, daß A die Schuld übernehme, die er im Auftrag desselben auf sich geladen hat.

3. Der Vollmachtgeber kann sich von dieser Ersatzpflicht nicht befreien durch den Nachweis, daß die Verwendung ohne günstigen Erfolg geblieben sei. Der Bevollmächtigte ist nur zur Sorgfalt verbunden, nicht für den Erfolg verantwortlich, und hat jederzeit ein natürliches Recht auf Ersatz dessen, was aus seinem Vermögen zum Behufe der Vollziehung des Auftrages verwendet worden ist, auch wenn keine Bereicherung des Vollmachtgebers stattgefunden hat. So kann z. B. ein bevollmächtigter Fürsprech sowohl Ersatz seiner Auslagen, als seine berufsmäßigen Gebühren fordern, wenngleich der Prozeß zu Ungunsten des Vollmachtgebers ausgefallen ist. Dagegen kann der Bevollmächtigte Auslagen, die er nicht um des Auftrages willen, sondern zu seinem Vergnügen willkürlich gemacht hat, nicht verrechnen.

4. Versprochen oder was derselbe — zu fordern hat: Vrgl. hiezu die Erl. zu §§. 756 und 757. Eine Vergütung für die persönliche Mühe oder einen Lohn für die Arbeit ist der Vollmachtgeber gegenüber einem einfachen Bevollmächtigten, ohne vorherige besondere Verabredung zu bezahlen, nicht verpflichtet; wohl aber, wenn ein Lohn oder eine Provision oder ein Honorar ausdrücklich versprochen, oder wenn aus den Umständen — z. B. weil bei einem Gewerbsmann eine in seinen Beruf einschlagende Arbeit bestellt, oder einem Kommissionär oder Speditor eine Kommission oder Spedition aufgetragen, oder einem Anwalt ein Prozeß übergeben, oder von einem Arzt ein Rezept verlangt worden — zu schließen ist, daß nicht ein unentgeldlicher Auftrag gegeben und empfangen worden sei. Auch seinen gewöhnlichen Lebensunterhalt für die Zwischenzeit darf der Bevollmächtigte nicht verrechnen; wenn er aber im Interesse des Auftrages genöthigt war, eine Reise besonders zu unternehmen, so darf er wohl die sämmtlichen Reisekosten als Auslage verrechnen.

5. Mehrere Vollmachtgeber: War der Bevollmächtigte von mehreren Personen in einer gemeinsamen Sache bestellt, so haften sie ihm gemeinsam aus dem Auftrag. Der Bevollmächtigte kann jede von ihnen oder alle zusammen auf das Ganze belangen. Dem Belangten bleibt es dann überlassen, hinwieder von seinen Genossen zu fordern, daß sie ihm die Schuld tragen helfen. Es versteht sich übrigens, daß, wenn einer der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten vollständig bezahlt, dieser nicht nochmals von dem anderen Vollmachtgeber Zahlung fordern kann.

7. Vermuthete Vollmacht der Geschäftsführer und Angestellten.

§. 767. Die Geschäftsführer und die Angestellten von Handels- und Gewerbsleuten sind in Hinsicht der ihnen zur Besorgung anvertrauten Geschäfte als Bevollmächtigte anzusehen.

Wenn ihnen der Verkauf anvertraut ist, so können sie sich auf gültige Weise für das Verkaufte bezahlen lassen. Insbesondere sind Geschäftsreisende befugt, die Guthaben der Geschäftsherren für gelieferte Sachen zu beziehen.

1. Im Zweifel ist anzunehmen, der eigentliche Geschäftsführer eines Handels- oder Gewerbsetablissements, sowie der Prokuraträger einer Firma sei zu allen Rechtsgeschäften ermächtigt, welche zu der Betreibung des Handels, der Fabrikation oder des Gewerbes gehören, z. B. Ankauf und Verkauf von Waaren, Miethe von Magazinen, Quittirung von Zahlungen, Aufnahme von Darlehen, Bestellung von Maschinen u. s. w.; ebenso zu den Rechtshandlungen, welche zur Wahrung oder Auseinandersetzung des Handels- oder Gewerbshauses gehören, wie zur Schuldbetreibung, Prozeßführung, Vergleichen u. a. m.; dagegen nicht ohne besondere Vollmacht zur Veräußerung oder Uebertragung der Firma, Liquidation des Etablissements, Verpfändung oder Veräußerung von Liegenschaften und Schenkungen, sofern letztere nicht durch die Sitte oder das Interesse der Gesellschaft gutgeheißen werden.

2. Bei Angestellten und Geschäftsreisenden ist die Befugniß — folglich auch die zu vermuthende Vollmacht — beschränkter. Schon zum Verkaufe müssen sie wenigstens von vornherein, ein für alle Mal, oder speziell für den einzelnen Fall, eine bestimmte Bevollmächtigung erhalten haben. Indeß wird hinsichtlich der Handelsreisenden als zu ihrem Geschäftskreise gehörend angenommen, daß sie Zahlungen anzunehmen und zu quittiren befugt seien, welche sich wenigstens auf gelieferte Waaren ihres Prinzipals beziehen. Ihre Befugniß, Bestellungen für ihr Haus anzunehmen, versteht sich von selbst. Ebenso ist je nach der Geschäftssitte im Zweifel anzunehmen, daß auch untergeordnete Angestellte, wie Faktoren, Commis, Handlungsdiener, in dem ihnen allfällig überlassenen Geschäftszweige ermächtigt seien, für den Prinzipal wirksam zu handeln. Eine beschränkte Vollmacht derselben gründet sich auf das Bedürfniß und Uebung. Im Detailverkauf erscheinen sie gewöhnlich als bevollmächtigt, vom Laden aus einzelne Waaren, sei es gegen Baarzahlung, zuweilen sogar an herkömmliche Kunden auf Kredit, abzugeben, den Preis in Empfang zu nehmen und zu quittiren. Darüber hinaus aber dürfen sie keine Geschäfte vornehmen oder Verträge abschließen.

§. 768. Ertheilen Geschäftsleute ihren Angestellten das Recht der Unterschrift (§. 729.), so sind die Geschäftsverhandlungen der Letztern für die Erstern verbindlich, bis das Erlöschen der Vollmacht bekannt gemacht ist.

S. die §§. 729, 730 und 743. sammt den dortigen Erläuterungen.

8. Dienstboten.

§. 769. Dienstboten werden nicht als Bevollmächtigte ihrer Dienstherren angesehen.

Dritte Personen sind daher zum Behufe des Abschlusses eines Geschäftes mit ihnen als Vertreter der Herrschaft berechtigt, eine besondere Vollmacht zu verlangen; ohne eine solche wird durch den Vertragsabschluß des Dienstboten mit Dritten nur der Erstere selbst, nicht aber der Dienstherr, Gläubiger oder Schuldner.

9. Auflösung der Vollmacht.

§. 770. Die Vollmacht wird aufgelöst durch den Tod; durch den Verlust des Zustandes eigenen Rechts; durch die Aufkündung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten;

endlich durch die Beendigung des Geschäftes, für welches sie ertheilt worden.

Der Bevollmächtigte darf ohne erhebliche Gründe die Vollmacht nicht aufkünden.

1. Der Bevollmächtigungsvertrag beruht auf persönlichem Vertrauen des Vollmachtgebers zu dem Bevollmächtigten und auf persönlicher Willfährigkeit des Letzteren gegenüber dem Ersteren. Das Geschäft ist daher ein höchst persönliches, und das Vertragsverhältniß geht nicht auf die Erben über, mit Ausnahme der gegenseitig daraus entstandenen Forderungen (§§. 765 und 766.); es dauert nur so lange, als das Vertrauen und die Neigung fortdauert und ist daher einseitiger Auflösung ausgesetzt.

2. Durch den Tod — Verlust des Zustandes eigenen Rechts: nämlich sowohl des Vollmachtgebers als des Bevollmächtigten. Der Zustand des eigenen Rechts geht dadurch verloren, daß der Betreffende entweder kriminalisirt (mit einer peinlichen Strafe belegt), vergeldstagt oder unter Vormundschaft gestellt wird.

3. Ohne erhebliche Gründe: Der Vollmachtgeber darf die Vollmacht jederzeit und ohne weitere Rücksicht auf den Bevollmächtigten aufkünden, da das ganze Geschäft nur zu seinen eigenen Gunsten vorgenommen wird; natürlich hat er aber alsdann den Schaden selbst zu tragen, der dadurch entsteht, daß schon verschiedene Kosten auferlaufen sind, das betreffende Geschäft nun aber dennoch möglicherweise nicht zu Stande kommen oder vollendet werden kann. Von Seite des Bevollmächtigten dagegen werden schon bestimmte, und zwar „erhebliche“ Gründe verlangt, um seine erhaltene Vollmacht gegenüber dem Vollmachtgeber aufzukünden. So darf er dies z. B. nicht unzeitig thun; als eine unzeitige Kündigung muß es aber angesehen werden, wenn der Bevollmächtigte dieselbe in einem Zeitpunkte erklärt, in welchem eine anderweitige Sorge für die Ausführung dem Vollmachtgeber nicht mehr möglich ist. Z. B. A hat dem B den Auftrag gegeben, bei einer öffentlichen Steigerung gewisse Gegenstände für ihn zu erwerben, und B will davon zurücktreten erst am Steigerungstage selbst oder so kurz vorher, daß der Vollmachtgeber keine Möglichkeit hat, einen andern Bevollmächtigten zur Steigerung zu senden. Als „erheblicher Grund“ darf indessen (außer Krankheitsfällen, familiären Abhaltungen u. s. w.) schon der Umstand eines eingetretenen Rechtsstreites zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber, ja selbst eines heftigen Zerwürfnisses zwischen ihnen, angesehen werden, besonders wenn der Erstere im Stande ist, dafür zu sorgen, daß ein Dritter das Geschäft zur Vollziehung übernehme. Wer einen Auftrag, z. B. eine Vermögensverwaltung, für eine bestimmte Frist übernommen hat, hat sich dadurch verbunden, auf so lange dem Vollmachtgeber für die Besorgung zu haften; er darf daher nicht willkürlich während dieser Frist die Verbindlichkeit wieder ablehnen; die Freiheit der Aufkündung ist in diesem Falle durch die Zeit beschränkt. Indessen selbst da lassen sich „erhebliche Gründe“ denken, welche ausnahmsweise die Aufkündung auch in der Zwischenzeit rechtfertigen; z. B. die Nothwendigkeit einer Reise.

des Bevollmächtigten, eine wesentliche Aenderung in seinen Lebensverhältnissen, wie die Erwählung desselben zu einem öffentlichen Amt, das seine Zeit und Kräfte absorbirt, Tod von Familiengliedern u. s. w.

§. 771. Stirbt der Vollmachtgeber, verliert er den Zustand eigenen Rechts, oder kündigt der Bevollmächtigte die Vollmacht auf, so hat der Letztere die Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, noch so lange zu besorgen, bis der Vollmachtgeber oder dessen Vertreter selbst dafür Sorge tragen kann.

1. Zustand eigenen Rechts: s. oben die Erl. 2. zu §. 770.

2. Vertreter: sei es dessen nunmehriger Erbe oder Vormund.

3. Das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch enthält auch für den Fall des Todes des Bevollmächtigten folgende zweckmäßige Bestimmung in §. 1188.: „Stirbt der Mandatar (Bevollmächtigte), so sind dessen Erben, insofern sie von dem Auftrag Kenntniß haben, verpflichtet, dem Mandanten (Vollmachtgeber) beförderlich davon Kenntniß zu geben und inzwischen, soweit es dringlich ist und der gute Glaube es erheischt, die nöthige Sorge für Bewahrung seiner Interessen zu übernehmen.“ Hiezu bemerkt „Bluntschli“ in seinem Commentar: „Der Tod des Mandatars beendigt das Mandatsverhältniß. Die Verpflichtung, den Auftrag zu erfüllen, geht nicht auf seine Erben über. Wohl aber müssen die Erben noch Rechenschaft geben über die Geschäftsführung des Erblassers bis zu dessen Tode, und wenigstens insofern die von jenem versprochene Treue halten, daß sie dem Auftraggeber durch beförderliche Nachricht von dem Tode des Beauftragten die Gelegenheit verschaffen, einen neuen Bevollmächtigten zu ernennen. In gleicher Weise darf man ihnen zumuthen, daß sie wenigstens eine provisorische Sorge eintreten lassen, insoweit diese nöthig ist, um den Auftraggeber vor Schaden zu bewahren. Ihre Pflicht ist eher eine konservirende als erwerbende und das Maß derselben durch billiges Ermessen zu bestimmen.“ — Wenn nun schon unsere speziellen Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag dieses Verhältnisses und der daherigen Pflichten der Erben nicht ausdrücklich erwähnen, so kann doch aus den allgemeinen Vorschriften der §§. 870 und 871. des A. B. G. eine solche Verbindlichkeit der Erben auch bei uns als zu Recht bestehend angenommen werden.

§. 772. Alles, was der Bevollmächtigte nach der Auflösung der Vollmacht mit Personen verhandelt, die seine Eigenschaft gekannt, aber keine Kenntniß von der Auflösung der Vollmacht erhalten haben, ist sowohl für sie als für den Vollmachtgeber verbindlich; doch haftet der Bevollmächtigte für den aus diesen Verhandlungen entstandenen Schaden.

1. Ist die Aufkündung der Vollmacht nur dem Bevollmächtigten, nicht aber dem Dritten, mit welchem derselbe als anerkannter Stellvertreter des Vollmachtgebers in Geschäftsverbindung gestanden, bekannt gemacht, so kann sich der Letztere jenem Dritten gegenüber nicht darauf berufen, wohl aber sich an dem Bevollmächtigten schadlos halten, welcher trotz der Aufkündung des Vollmachtgebers noch gehandelt hat. Ebendasselbe Verhältniß findet statt im Falle der Auflösung der Vollmacht aus Grund des Todes oder des Verlustes des

eigenen Rechtes des Vollmachtgebers. Hat endlich auch der Bevollmächtigte selbst von der Auflösung der Vollmacht aus den besagten gesetzlichen Gründen keine Kenntniß und handelt nachher noch im Sinne des Auftrags, so haftet er persönlich zwar nicht für den dadurch allfällig entstehenden Schaden; mit Bezug auf den Vollmachtgeber hat aber jene Handlung des Bevollmächtigten noch dieselbe Wirkung, wie wenn die Vollmacht fortgedauert hätte. Z. B. B. erscheint mit Vollmacht des A bei C, um die wechselseitigen Rechnungsverhältnisse zwischen A und C zu ordnen und den Saldo zu Gunsten des A einzuziehen und zu quittiren; während der Verhandlungen kündigt A die Vollmacht auf, giebt aber dem C hievon keine Kenntniß; C schließt den Vertrag ab und bezahlt den Rest der Schuld an B zu Handen des A; da ist A dem C gegenüber gebunden und muß auch die Quittung des B anerkennen; er kann sich aber von einem allfällig behaupteten Rechnungsverlust an B halten und von diesem Rechenschaft fordern. Oder B hat von A den Auftrag empfangen, für Letztern in einer fremden Stadt einen Wagen anzukaufen; wenn er nun den Kaufsvertrag nach dem inzwischen erfolgten Tode des A, aber bevor er davon unterrichtet war, abgeschlossen hat, so kann er noch immer die Erben des A sowohl zur Einhaltung des Kaufsvertrages, als zur Bezahlung seiner allfälligen Belohnung und Auslagen anhalten, jedoch hinwiederum von diesen zur Rechenschaft über die richtige Vollziehung des Auftrages angehalten werden.

2. Die Vollmacht erlischt nicht durch den Tod des Vollmachtgebers, wenn der betreffende Auftrag auf ein erst nach seinem Tode auszuführendes Geschäft gerichtet, oder ausdrücklich auch auf die Erben des Vollmachtgebers ausgedehnt war; nur steht im letztern Falle den Erben frei, die Vollmacht sofort aufzukünden. Z. B. A giebt dem B den Auftrag, ihm nach seinem Tode ein Denkmal zu errichten, oder ein Haus für seine Kinder anzukaufen. Vergl. das zürch. Priv. G. B. §. 1187.

§. 773. Wer ohne Auftrag das Geschäft eines Andern besorgt, um ihn vor einem wahrscheinlichen Schaden zu bewahren, den dieser selbst nicht abwenden kann, ist berechtigt, den Ersatz des nothwendigen und nützlichen Aufwandes zu verlangen, auch wenn die Absicht ohne sein Verschulden nicht erreicht wird.

II. Geschäftsführung ohne Auftrag.

1. Wenn Jemand ohne Auftrag und ohne einen gültigen Bevollmächtigungsvertrag Geschäfte eines Andern besorgt, so haftet er dem Letztern gleich einem eigentlichen Bevollmächtigten (§§. 764. und 765.) Zu solchen eigenmächtigen Handlungen ist er aber nur berechtigt und somit auch derjenige, für den er gehandelt hat, nur zum Ersatze der daherigen Auslagen des Erstern verpflichtet, in denjenigen Fällen, die sich unter die Bestimmungen der §§. 773 — 775. des A. B. G. unterordnen lassen. Gemeinrechtlich wird auch der Fall dazu gerechnet, wenn der Geschäftsbesorger aus Irrthum einen Auftrag zu haben vermeinte, der aber in Wirklichkeit nicht

gegeben war; unser Gesetz anerkennt die daherige Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für den Fall des Irrthums nicht so allgemein, sondern nur dann, wenn der Geschäftsherr durch die daherige Handlung des Geschägtsbesorgers vor einem Schaden bewahrt worden ist, oder der Erstere selbst dazu rechtlich verpflichtet gewesen wäre; denn die bloße Absicht, ihn vor Schaden zu bewahren, läßt sich hier mit dem Begriffe eines Irrthums nicht wohl vereinbaren.

2. Vor Schaden zu wahren: Z. B. Bei einem Brandunglück sucht B Gegenstände des A zu retten; oder wohnt in einer andern Gemeinde als A und läßt dort das Letzterem daselbst zugehörende Haus, welches dem Einsturz droht, soweit nöthig wieder in Stand setzen.

3. Selbst nicht abwenden kann: Wenn z. B. B, während A anwesend war und selbst für sich sorgen konnte, ohne Wissen des A verschiedene Reparaturen an einem ihm zustehenden Hause hat machen lassen, so muß A, auch wenn dieselben vorzunehmen nöthig und nützlich waren, doch nur in soweit dem B Ersatz leisten, als der daherige Mehrwerth des Hauses ihm zu gute kommt, nicht aber für die Baukosten an sich, die jedenfalls viel bedeutender gewesen sein mochten.

4. Nothwendigen und nützlichen Aufwandes: s. die Erl. 1. zu §. 766. Ueberfluß und Luxus braucht der Geschäftsherr nicht zu vergüten. Z. B. B hat auf dem Gute des A Gartenanlagen machen lassen, ein Gartenhaus und einen Springbrunnen gebaut; das braucht ihm A nicht zu ersetzen, aber B kann das Gartenhaus abtragen und den Springbrunnen wieder zudecken. Alle diese Verhältnisse sind übrigens nach Billigkeit zu beurtheilen. Wenn z. B. dem A, der in einer fremden Stadt gestorben, von B ein steinernes Grabmal Namens, aber ohne Auftrag der Erben gesetzt worden ist, so kann das je nach den Vermögensverhältnissen, dem Stande des A und der Ortssitte in den einen Fällen eine nützliche, in den andern eine luxuriöse Auslage sein.

5. Die Absicht nicht erreicht wird: Die Geschäftsbesorgung muß nicht blos im vermeintlichen, sondern im wirklichen Interesse des Geschäftsherrn unternommen worden sein. Es genügt nicht, daß blos der Geschäftsbesorger ohne Auftrag die Handlung für nützlich hielt. Aber nicht darauf kommt es an, ob der Erfolg gut ausgefallen, sondern darauf, daß das Geschäft nach der Lage der Umstände nothwendig oder nützlich gewesen sei, um durch die Vornahme desselben Jemanden vor Schaden zu bewahren. Z. B. Ungeachtet B bei der Feuersbrunst des Hauses von A nichts gerettet, hat er doch dabei seine Kleider verbrannt; da darf er Ersatz fordern. Oder ungeachtet sich B mit gutem Grund des vom Pferd gefallenen A annahm und denselben mehrere Tage auf seine Kosten ärztlich behandeln ließ, ist A doch gestorben; da darf B unbedenklich die daherigen Auslagen den Erben des A verrechnen.

6. (Auszug aus dem Befund eines obergerichtlichen Urtheils): „Als Grundlage seiner Klage habe G die Behauptung aufgestellt, daß er für das uneheliche Kind seiner Schwester, der Ehefrau des

Beklagten, welches er zur Erziehung und Pflege übernommen, während $9^1/_2$ Jahren kein Kostgeld erhalten und von daher eine Summe von Fr. 427. zu fordern habe. Wenn auch von Seite des Beklagten zugegeben worden, daß seine Ehefrau ihr uneheliches Kind, als dasselbe 2 Jahre alt gewesen, dem Kläger auf sein Ansuchen hin übergeben, so sei von diesem hingegen auf keine Weise dargethan worden, daß dieses in Folge eines Vertrages oder Versprechens, jährlich die geforderten Fr. 45. bezahlen zu wollen, stattgefunden habe. Wäre übrigens auch ein solcher Vertrag zwischen diesen beiden Theilen abgeschlossen worden, so könnte er jedenfalls für die Ehefrau des Beklagten nicht verbindlich sein, wenn er ohne Mitwirkung des derselben damals noch beigeordnet gewesenen Beistandes errichtet worden wäre. Unter diesen Umständen müsse daher die Forderung des Klägers, so sehr sie auch der Billigkeit angemessen zu sein scheine, dennoch als rechtlich nicht begründet dahin fallen." (O. Urth. v. J. 1838.)

§. 774. Wer für einen Andern einen Aufwand macht, zu welchem dieser rechtlich verpflichtet ist, kann von ihm Ersatz fordern.

1. Z. B. Während unfreiwilliger längerer Abwesenheit (aus dem Grunde der Krankheit oder Gefangenschaft 2c.) eines Ehemannes sorgt Jemand für dessen Frau und Kinder. Oder Jemand zahlt für denselben eine diesem obliegende Staats- oder Gemeindesteuer.

2. Wenn aber Eltern oder Großeltern den Kindern oder Enkeln Alimente geben, so wird im Zweifel angenommen, sie haben das aus Zuneigung und ohne Absicht der Rückforderung gethan, auch wenn sie zur Unterhaltung derselben auf ihre Kosten nicht verpflichtet waren; — ebenso umgekehrt die Kinder und Enkel gegenüber den Eltern und Großeltern; — vergl. §§. 194 — 196. und 207. — Z. B. der Vater A nimmt den volljährigen Sohn B und dessen Familie, die ein eigenes Hauswesen bilden, auf Monate in sein Landhaus auf. Oder die Großmutter C erzieht ihren Enkel D in ihrem Hause und auf ihre Kosten. Oder E, der Vater eines unehelichen Kindes, übergiebt dasselbe, ohne dazu verpflichtet zu sein, einer Familie zur Erziehung und zum Unterhalt. Da ist im Zweifel zu vermuthen, A, C und E haben aus Familienrücksichten und aus freigebiger Absicht so gehandelt und die daherigen Kosten auf sich nehmen wollen. Vergl. auch „Bluntschli," Comm. z. zürch. G. B. §. 1214.

§. 775. Hat Jemand in einem Nothfalle sein Eigenthum aufgeopfert, um größeren Schaden abzuwenden, so haben ihn Alle, welche daraus Vortheil zogen, verhältnißmäßig zu entschädigen.

1. Z. B. bei einem großen Brande läßt A sein näher gelegenes Haus freiwillig niederreißen, damit die entfernter stehenden Gebäude des B und C nicht von den Flammen ergriffen werden. Da haben ihn C und D „verhältnißmäßig" zu entschädigen, d. h. Jeder nach dem Schatzungswerthe seines eigenen Hauses um desto höher, als der von ihm abgewendete Schaden um so größer war.

2. Das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch stellt über die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag auch noch folgende spezielle Bestimmungen auf, die vollständig zu unsern Grundsätzen passen: a) in §. 1212.: „Wenn der Geschäftsbesorger dem ausdrücklichen Verbote des Geschäftsherrn zuwider sich eingemischt oder mit der Absicht zu schenken Auslagen gemacht hat, oder zur Geschäftsbesorgung auf seine Kosten verpflichtet gewesen ist, so hat er überall keine Ersatzforderung." b) in §. 1215.: „Wenn die Geschäftsbesorgung nachträglich von dem Geschäftsherrn gebilligt wird, so haftet er daraus ebenso, wie wenn derselbe aus seinem Auftrag besorgt worden wäre." Wohl zu weit geht aber der zürcherische Gesetzgeber, wenn er in §. 1213. festsetzt: „Hat der Geschäftsbesorger eine dem Geschäftsherrn obliegende, auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsherr ihm zu handeln verboten hat." Diese Bestimmung ist zu sehr in die Freiheitsrechte des Privatmannes eingreifend und gehört höchstens dem Bereiche der „Sitte", nicht mehr aber dem des „Rechtes" an.

Eilfter Abschnitt.

Von dem Bürgschaftsvertrage.

1. Begriff.

§. 776. Derjenige, welcher der Verbindlichkeit des Schuldners als Bürge beitritt, verpflichtet sich, den Gläubiger zu befriedigen, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

1. Für die Verwirklichung einer Forderung kann dem Gläubiger eine größere Sicherheit dadurch gewährt werden, daß außer dem eigentlichen Hauptschuldner noch ein Anderer zu derselben Leistung für den Fall (accessorisch und subsidiär) verpflichtet wird, daß der Hauptschuldner die ihm gegenüber dem Erstern obliegende Verpflichtung nicht erfüllen sollte oder könnte. Eine vertragsmäßige Verpflichtung dieser Art heißt „Bürgschaftsvertrag" oder „Verbürgung". Sie unterscheidet sich von der Sicherung einer Forderung durch Pfandrecht dadurch, daß letzteres an der verpfändeten Sache selbst haften bleibt, mag diese auch in noch so viele andere Hände übergehen und daher dem Gläubiger ein dingliches Recht an der Sache selbst gewährt, während durch die Bürgschaft nur eine persönliche-Nebenverpflichtung einer oder mehrerer anderer Personen außer dem Hauptschuldner — nämlich der „Bürgen" — erzeugt wird, die dem Gläubiger nur insofern genügende Sicherheit darbieten, als sie selbst wirklich zahlungsfähig sind und bleiben. Ferner unterscheidet sich die Bürgschaft von dem allgemeinen Charakter der „Gesammtschuld", als der Gemeinschaftlichkeit mehrerer Schuldner (§. 636.) dadurch, daß die Verpflichtung des Bürgen im Verhältniß einer

accessorischen zu der des Hauptschuldners steht und diese voraussetzt, während bei der Gesammtschuld mehrere Personen gleichmäßig und selbstständig als Hauptschuldner zu derselben Leistung verpflichtet erscheinen.

2. Es ist nicht nothwendig, daß die Hauptschuld schon zur Zeit der Eingehung des Bürgschaftsvertrages bestehe; es kann auch im Interesse künftiger Schulden eine bedingte Bürgschaft eingegangen werden; zur Wirkung gelangt sie aber erst, wenn die Hauptschuld entsteht; z. B. es wird eine Kaution durch Bürgen bestellt für den Verwalter einer Kasse, oder im Interesse der Verantwortlichkeit eines Beamten, oder zum Behuf der Krediteröffnung bei einem Banquier. Die Hauptschuld kann auf den verschiedensten Gründen beruhen. Die Bürgschaftsschuld dient lediglich zur Sicherheit der Hauptschuld; sie ist daher eine Nebenverbindlichkeit, die sich an dieselbe anlehnt und dieselbe hinwiederum stützt. Anders bei der Bürg- und Mitschuldnerschaft. (§. 778.)

3. s. die obergerichtliche Entscheidung in Erl. 3. zu §. 595. (Sachenrecht.)

§. 777. Der Bürge kann erst dann belangt werden, wenn der Gläubiger bei dem Hauptschuldner keine Befriedigung findet; ausgenommen wenn der Schuldner nach Entstehung der Bürgschaft seinen Wohnsitz im Kanton verlassen hat; wenn der Bürge selbst sich aus dem Kanton entfernen will, oder den größeren Theil seiner Liegenschaften veräußert. 2 Belangbarkeit des Bürgen.

1. Keine Befriedigung findet: Es entsteht hiebei die Frage: Wie weit muß der Hauptschuldner betrieben sein, bis der Gläubiger den Bürgen belangen darf? Da das Gesetz hierüber schweigt, so muß nach dem Ausdrucke „keine Befriedigung findet" mit Sicherheit angenommen werden, der Hauptschuldner müsse nicht nur völlig ausbetrieben resp. dessen Geldstag erkennt oder angerufen, sondern auch sein Geldstag wenigstens soweit durchgeführt sein, daß aus der Kollokation mit Bestimmtheit zu ersehen ist, ob und inwieweit der Gläubiger noch durch den Konkurs des Hauptschuldners „Befriedigung findet", da möglicherweise die ganze Schuld noch aus der Masse gedeckt werden kann. Hiefür spricht auch ein Entscheid des h. Obergerichts (s. Erl. 3. zu §. 595.), worin diese h. Behörde sich dahin ausspricht: „Nach Mitgabe der §§. 776 und 777. des A. B. G. erscheint der Bürge als Schuldner in zweiter Linie und muß einstehen, sobald der in erster Reihe Verpflichtete „gefallen oder ausgeklagt ist." Siehe auch unten die Entscheidung in Erl. 5. Anders verhält es sich natürlich bei der Bürg- und Mitschuldnerschaft, s. den folgenden §. 778.; ebenso bei den in diesfälliger Gesetzesstelle (§. 777.) ausdrücklich bezeichneten Ausnahmsfällen.

2. Verlassen hat: Wenn der Hauptschuldner außer Landes zieht, so ist der Gläubiger berechtigt, sich nun an den Bürgen zu halten; es kann ihm nicht zugemuthet werden, daß er jenen zuerst außerhalb des Kantons gerichtlich verfolge und betreibe.

3. Wenn der Bürge selbst — oder — veräußert: Auch diese beiden Ausnahmsfälle lassen sich durch den Umstand rechtfertigen, daß die Bürgschaft eben nur eine „persönliche" Sicherheit darbietet, daher der Gläubiger durch dessen Wegzug aus dem Kanton, sowie der Veräußerung des größten Theils seiner Liegenschaften (als durchschnittlich des wichtigsten Vermögensbestandtheiles) an seinem Rechte allzusehr gefährdet, ja der Gefahr ausgesetzt würde, seine Sicherheit ganz zu verlieren. Daher erscheint hier auch der deutlich kundgegebene Wille resp. der Versuch des Bürgen, wegzuziehen, schon als hinreichend zu dessen Belangung durch den Gläubiger, da erst nach seiner Entfernung aus dem Kanton die Realisirung der durch ihn bestellten Sicherheit gar nicht mehr möglich oder allzusehr erschwert wäre; ebenso würde sich das Verhältniß gestalten, wenn der Verkauf des größeren Theiles der Liegenschaften des Bürgen schon vorgenommen wäre.

4. s. die Entscheidung in Erl. 3. zu §. 595.

5. In einem Forderungsstreite hieng der Entscheid von der Beantwortung der Frage ab: ob ein Currentgläubiger, der im Geldstage seines Schuldners infolge Nachlaßvertrages weniger als $33^1/_3$ % erhalte und annehme, den Rest seiner Forderung gegenüber den Bürgen resp. das Rückgriffsrecht auf dieselben verliere? Der Fall war folgender: der Gläubiger meldete die verbürgte Forderung im Geldstage des Schuldners gehörig an; es kam ein Nachlaßvertrag zu Stande, wonach alle Currentgläubiger sich mit 15 % begnügten; der Gläubiger belangte dann die Bürgen um den Rest seiner Forderung, in den übrigen 85 % bestehend. Die Bürgen, die Bürgschaftsverpflichtung grundsätzlich anerkennend, bestritten die Klage, indem sie derselben die Einrede entgegensetzten, der Gläubiger habe das Rückgriffsrecht auf sie aus dem Grunde verwirkt, weil er freiwillig und ohne ihre Mitwirkung zu dem von dem Schuldner ausgebotenen Akkommodement eingewilligt und sich mit 15 % begnügt habe. Auf ergriffene Appellation sprach das h. Obergericht dem Kläger (Gläubiger) den Klagschluß in der beschränkten Weise zu, daß die Beklagten verfällt seien, die geforderte Summe abzüglich $18^1/_3$ % zu bezahlen, aus folgenden Gründen: der Kläger würde nach §. 21. der Geldstagsordnung auch dann, wenn er seine Forderung im Geldstage nicht angemeldet hätte und damit von der Masse ausgeschlossen worden wäre, das Rückgriffsrecht auf die Bürgen nur für denjenigen Betrag der Forderung verloren haben, der bei erfolgter Eingabe aus der Masse bezahlt worden wäre. Scheinbar spreche diese Gesetzesbestimmung zu Gunsten des Klägers, da er die Forderung angemeldet und 15 % aus der Masse erhalten habe, während nach den vorgelegenen Berechnungen zu vermuthen gewesen, daß bei rechtlicher Erledigung des Geldstages nur 8 — 10 % bezahlt werden könnten. Allein die vollständige Liquidation der Masse habe nicht stattgefunden; es sei nicht rechtsgenüglich erstellt, daß bei vollständigem Verkaufe alles Massavermögens und infolge weiterer rechtlicher Schritte, die den Gläubigern bei rechtlicher Durchführung des Geldstages hätten zustehen mögen, nicht mehr als 10 oder auch 15 % an die Forderung

bezahlt worden wären. So viel aber sei gewiß, daß die Gläubiger in der großen Mehrzahl dem Akkommodement beigestimmt hätten und daß folglich der Kläger grundsätzlich zu Eingehung eines Nachlaßvertrages nach §. 141. der G. O. hätte gezwungen werden können. Nur zu dem Nachlaßvertrag, wie er abgeschlossen worden, habe er nicht verhalten werden können, weil zu einem zwangsweisen Nachlaßvertrag erfordert werde, daß wenigstens ein Drittheil der Forderung angeboten worden sei. Um sein Rückgriffsrecht gegen die Bürgen zu wahren, sei es demnach Aufgabe des Klägers gewesen, entweder nach §. 144. der G. O. den Bürgen zu überlassen, an seiner Stelle dem Nachlaßvertrage, der sich als ein freiwilliger darstelle, beizutreten, oder aber dem endlichen Abschlusse des Akkommodements und der Rehabilitation des Schuldners sich so lange ausdrücklich zu widersetzen, als nicht wenigstens ein Drittheil der Forderung angeboten und der Nachlaßvertrag auf dem Wege gesetzlichen Zwanges herbeigeführt worden wäre. Habe nun der Kläger weder das eine noch das andere gethan, gegentheils von sich aus durch Stillschweigen zu dem gütlichen Nachlaßvertrage eingewilligt, so habe er damit auf den Mehrbetrag von 15 bis zu $33^1/_3$ % seiner Forderung freiwillig verzichtet und um so viel auch die Bürgen entlastet. Was dagegen die übrigen $66^2/_3$ % betreffe, so folge aus der eingegangenen Bürgschaft, daß die Beklagten nach §. 776. des A. B. G. den daherigen Verlust zu ersetzen schuldig seien. Der Gläubiger habe bezüglich dieses Verlustes alles gethan, was ihm obgelegen; er habe die Forderung im Geldstage angemeldet, der Hauptschuldner sei in Folge dessen ausgeklagt; nachdem die Gläubiger in mehr als der gesetzlichen Anzahl dem Akkommodement beigetreten, hätte der Kläger in keinem Falle mehr als $33^1/_3$ % verlangen, beziehungsweise den Abschluß des Nachlaßvertrages nur so lange verhindern können, bis so viel geboten worden wäre, und daß er für den Ueberrest beim Schuldner keine Befriedigung finde, sei durch die Geldstagsakten erwiesen. Die Einwendungen der Beklagten erzeigen sich demnach nur insoweit als begründet, daß die von dem Kläger freiwillig nachgelassenen $18^1/_3$ % von der klägerischen Forderung in Abzug gebracht werden müßten. (O. R. 1864, S. 56.)

3. Arten der Bürgschaft:
a. Bürge und Mitschuldner.

§. 778. **Wer sich als Bürge und Mitschuldner verpflichtet, haftet mit dem Hauptschuldner gemeinsam. In diesem Falle kann der Gläubiger den Hauptschuldner, den Bürgen, oder Beide zugleich belangen.**

1. Eine Bürg- und Mitschuldnerschaft ist nur dann vorhanden, wenn der Bürge ausdrücklich sich als Mitschuldner bezeichnet, oder sonst auf unzweideutige Weise seinen Willen erklärt hat, gleich dem Hauptschuldner solidarisch und von Anfang an zu haften. Die einfache Bürgschaft entspricht dem Zwecke der Bürgschaft genau und vollständig und ist daher als Regel anzunehmen. Die Bürg- und Mitschuldnerschaft dagegen steigert die Gefahr des Bürgen, indem sie ihn dem Hauptschuldner gleichsetzt, und wirkt daher heftiger, als die eigentliche Natur der Bürgschaft es erfordert. Im Zweifel wird daher nur die einfache Bürgschaft vermuthet. Das

zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch enthält sogar den Satz, daß auch nur dann einfache Bürgschaft vermuthet werde, wenn die Formel „als Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler (Mitschuldner)“ gebraucht werde; bei uns bleiben solche Auslegungen der Praxis überlassen.

2. Bei der Bürg- und Mitschuldnerschaft hat der Gläubiger die freie Wahl, ob er zuerst den Hauptschuldner, dann den „Bürg- und Mitschuldner“, oder zuerst diesen, dann jenen, oder beide zugleich belangen wolle. Der Bürge und Mitschuldner kann daher nicht dem klagenden Gläubiger die Einrede entgegensetzen, daß er vorerst den Versuch mache, von dem Hauptschuldner Zahlung zu erhalten.

b. Nachbürgschaft.

§. 779. **Wer der Verpflichtung des Schuldners für den Fall beitritt, daß weder der Schuldner noch der Bürge dieselbe erfüllen, ist ein Nachbürge.**

Der Nachbürge haftet auch dem Gläubiger der Hauptforderung, aber erst in dritter Linie, wenn weder der Hauptschuldner noch der eigentliche Bürge zahlen kann. Der Gläubiger kann daher erst den Nachbürgen belangen, wenn er von jenen beiden Ersten aus deren Geldstage „keine Befriedigung findet“ (s. die Erl. 1. zu §. 777.), und zwar nur um denjenigen Betrag der Forderung, welcher weder vom Hauptschuldner, noch vom eigentlichen Bürgen erhältlich ist. Ueber den Unterschied der Nachbürgschaft von der Rückbürgschaft: s. den folgenden §. 780.

c. Rückbürgschaft.

§. 780. **Verpflichtet sich Jemand, den Bürgen schadlos zu halten, wenn dieser der Bürgschaft wegen in Verlust kommen sollte, so wird er Rückbürge.**

Der Rückbürge steht gegenüber dem Gläubiger in keinem Rechtsverhältniß.

Sehr oft wird im Volke die Nach- mit der Rückbürgschaft verwechselt und diese beiden Ausdrücke für ein und dasselbe gehalten; dem ist aber durchaus nicht so und vor dieser Verwechslung zu warnen. Der Nachbürge steht mit dem Gläubiger der Hauptforderung in Verbindung und verpflichtet sich, den Gläubiger schadlos zu halten, soweit seine Forderung am Hauptschuldner und eigentlichen Bürgen verloren gienge (s. die Erl. zu §. 779.); zu dem letztern, dem eigentlichen Bürgen, steht er aber in gar keinem weitern Rechtsverhältniß. Der Rückbürge dagegen ist dem Hauptgläubiger überall nicht verbunden; er will nicht diesem, sondern dem Bürgen desselben Sicherheit gewähren. Im Vertrauen auf den Hauptschuldner B und in der Absicht, den Bürgen C zu bestimmen, daß er die Bürgschaft gegenüber dem Gläubiger A eingehe, verspricht der Rückbürge D dem Bürgen C, er werde ihn schadlos halten, wenn er in Folge jener Bürgschaft für B zahlen müsse. Der Gläubiger A kann nur den allfälligen Nachbürgen, niemals aber den Rückbürgen belangen; dieser kann nur vom Bürgen selbst und zwar nur für so viel belangt werden, als er in Folge Insolvenz des Hauptschuldners B dem Gläubiger A hat bezahlen müssen; ist aber auch vom Bürgen C nichts erhältlich gewesen, so kann der Gläubiger wohl einen allfälligen Nachbürgen E, nicht aber den Rückbürgen D

zur Zahlung anhalten. Es ist auch der Fall möglich, daß Jemand sich gegenüber einem Nachbürgen als Rückbürge verpflichtet; dann gestaltet sich das Verhältniß so: z. B. A ist Gläubiger, B Hauptschuldner, C Bürge, D Nachbürge und E Rückbürge des Nachbürgen D; die Forderung des A an B beträgt 1000 Fr. Nun will A den B für seine Forderung belangen, aber B fällt in Geldstag und A erhält aus der Masse nur Fr. 50.; A betreibt nun den C für seinen Verlust im Betrage von 950 Fr.. C geräth auch in Geldstag und A erhält daraus nur 100 Fr.; jetzt kann A den Nachbürgen D um den noch ausstehenden Betrag von Fr. 850. nebst den erlaufenen Betreibungskosten belangen, nicht aber den Rückbürgen E. Zahlt nun der Nachbürge A die Fr 850. nebst Kosten, so kann er sich seinerseits am Rückbürgen E für diese Summe schadlos halten; ist aber auch D zahlungsunfähig, so kann der Gläubiger A nicht auch noch den E als Rückbürgen des D belangen. Und ist von D nur ein Theil der Schuld erhältlich, z. B. 400 Fr., so daß das Uebrige in dessen Geldstage verloren geht, so ist die Geldstagsmasse des D berechtigt, den Rückbürgen E zur Bezahlung der von D erhaltenen 400 Fr., nicht aber der ausstehenden Summe von 450 Fr., anzuhalten, von welchen 400 Fr. dann natürlich der Gläubiger A wieder so viel erhält, als ihm nach geschehener Massavertheilung daran noch zufällt.

d. Mehrheit der Bürgen.

§. 781. **Mehrere Bürgen, die sich für eine Schuld verpflichten, haften gemeinsam, wenn in der Verpflichtung nicht etwas anderes ausdrücklich erklärt ist.**

1. Mehrere Bürgen: d. h. mehrere einzelne und einfache Bürgen, die weder zum Gläubiger in der Stellung als Bürg- und Selbstschuldner (§. 778.), noch als Nachbürgen (§. 779.), noch auch zu einander in der Stellung als Rückbürgen (§. 780.) sich befinden.

2. Wenn zwei oder mehrere Personen als einfache Mitbürgen für die nämliche Hauptschuld einstehen, so haften sie erstens nur, wenn der Gläubiger bei dem Hauptschuldner keine Befriedigung findet (s. die Erl. 1. zu §. 777.), dann aber „gemeinsam", d. h. ihre subsidiäre Verpflichtung ist im Zweifel als „Gesammtschuld" im Sinne des §. 636. aufzufassen und zu behandeln; nämlich jeder Bürge haftet alsdann nur für einen Theil der Hauptschuld, subsidiär aber für die ganze Schuld; auch ist sodann im Zweifel die Regel anzunehmen: so viel Bürgen, so viel Theile. Freilich steht dem Gläubiger nach §. 638. auch das Recht zu, wenn er am Hauptschuldner keine Befriedigung gefunden hat, einen Einzelnen von ihnen für das Ganze zu belangen; dieser kann aber nachher von den übrigen Bürgen die sie betreffenden Antheile herausverlangen.

§. 782. **Wenn Jemand Bürgschaft zugesagt hat, der unfähig ist, eine solche einzugehen, so fällt sein Antheil auf die Mitbürgen oder Nachbürgen, sofern nicht der im §. 781. angegebene Vorbehalt gemacht ist.**

1. Unfähig zur Eingehung von Bürgschaftsverpflichtungen sind: a) alle Weibspersonen (§. 406.); b) alle Bevormundeten,

wenigstens ohne Einwilligung des Vormundes resp. der Vormundschaftsbehörde (§§. 333 und 334.); c) Minderjährige ohne Einwilligung der Eltern (§. 205,), sofern sie nicht nach §. 210. aus der elterlichen Gewalt entlassen sind; d) wenn die Verpflichtung aus Irrthum oder infolge Zwanges oder Arglist, oder im Zustande der Trunkenheit eingegangen worden ist (§§. 622 — 625.), so ist dieselbe für den im entschuldbaren Irrthum Befundenen oder durch Zwang oder Arglist dazu Bewogenen oder Trunkenen unverbindlich; e) eine Bürgschaftsverpflichtung, welche für eine Schuld aus Spiel oder Wette eingegangen wurde, ist gleich der daherigen Hauptschuldverpflichtung (§. 626.) ungültig.

2. Vorbehalt: d. h. sofern nicht in der Verpflichtung etwas Anderes ausdrücklich erklärt ist. Hat z. B. von Anfang an oder in Folge späterer Uebereinkunft mit dem Gläubiger Jeder von zwei oder mehreren Mitbürgen nur einen Theil der Hauptschuld übernommen, so sind so viele besondere Bürgschaftsverpflichtungen vorhanden, als Theile sind.

§. 783. Sind in einer Schuldurkunde zwar mehrere Bürgen benannt, haben sich aber nicht alle Benannten verpflichtet, so haften die, welche gutgesprochen, für die Schuld nur in dem Verhältniß, in welchem ihre Anzahl zu der Anzahl aller in der Schuldurkunde benannten Bürgen steht.

Benannt — verpflichtet: z. B. es ist zu Gunsten des Gläubigers A eine Schuldurkunde für eine Forderung desselben auf den Hauptschuldner B im Betrage von 6000 Fr. errichtet und darin aufgenommen worden, daß C, D und E dafür als Bürgen gutstehen wollen. Noch vor der Unterschrift hat aber E erklärt, diese Verpflichtung sei für ihn zu bedeutend, und es haben dann nachträglich nur C und D als Bürgen unterschrieben. E ist nun von der Verpflichtung frei; aber auch C und D müssen nicht als Bürgen für die ganze Schuldsumme von 6000 Fr., sondern nur im Verhältniß ihrer Anzahl zu der in der Schuldurkunde benannten drei Bürgen, also nur im Verhältniß von zwei Drittheilen, somit nur für den Schuldbetrag von 4000 Fr., einstehen.

4. Bürgschaft auf Zeit.

§. 784. Ein Bürge, der sich nur für eine bestimmte Zeit verpflichtet, haftet dem Gläubiger auch nach dem Ablaufe derselben.

Es ist somit die Eingehung einer Bürgschaft blos auf eine bestimmte Zeit gesetzlich unzulässig, jedoch nicht in dem Sinne, daß dadurch die Bürgschaftsverpflichtung selbst ungültig, sondern nur so, daß der beigesetzte Zeittermin einfach als nicht beigefügt oder vereinbart betrachtet wird, mit andern Worten, es gilt mit Bezug auf die Zeitdauer nur die unbedingte Bürgschaft. Dem Gläubiger steht es freilich jederzeit frei, den Bürgen seiner Verpflichtung zu entlassen; ist aber z. B. die Bürgschaft nur für ein Jahr eingegangen worden und der Hauptschuldner wird nach zwei Jahren fallit, so kann auch dann noch der Gläubiger den Bürgen belangen, ohne daß die Einrede der abgelaufenen Bürgschaftszeit von Seite des Letztern berücksichtigt zu werden brauchte. Ueber die Verjährung der Bürgschaftsverpflichtungen: s. §. 796.

§. 785. Der Bürge ist jederzeit berechtiget, die Bürgschaft rechtlich aufzukünden, wenn die Schuld fällig ist. Der Gläubiger wird dadurch verpflichtet, innerhalb dreißig Tagen die Betreibung gegen den Schuldner anzuheben. 5. Aufkündung.

Muß der Einforderung der Schuld eine Aufkündung vorangehen, so ist dieselbe innerhalb dreißig Tagen vorzunehmen und nach Ablauf der Aufkündungsfrist innerhalb gleicher Zeit die Betreibung anzuheben.

In beiden Fällen darf eine angehobene Betreibung ohne Einwilligung des Bürgen nicht eingestellt werden.

Die Nichtbefolgung dieser Fristen von Seite des Gläubigers entbindet den Bürgen von seiner Verpflichtung.

1. Die Schuld fällig ist: sei es, daß von vornherein für die Bezahlung der Hauptschuld ein bestimmter Termin festgesetzt wurde, wie z. B. zur Bezahlung eines Kaufpreises oder einzelner Raten davon; sei es in Folge Aufkündung des Hauptschuldners selbst; sei es in Folge Eintrittes einer vertragsmäßigen Bedingung oder von Gesetzeswegen (§§. 792 — 794.); sei es endlich, daß die Schuld von Anfang an eine fällige war, d. h. dem Gläubiger jederzeit deren Bezug oder Aufkündung freistand; denn auch im letzteren Falle ist der Bürge, der sich gerne seiner Verbindlichkeit entlasten würde, jederzeit berechtigt, dem Gläubiger die Bürgschaft rechtlich aufzukünden und ihn dadurch seinerseits zur Einziehung der Schuld oder Betreibung des Hauptschuldners, beziehungsweise Aufkündung der Hauptschuld, binnen den in dieser Gesetzesstelle vorgeschriebenen Terminen, zu nöthigen.

2. Innerhalb gleicher Zeit: nämlich auch binnen dreißig Tagen nach Ablauf derjenigen Frist, welche dem Hauptschuldner durch die Aufkündung zur Bezahlung der Schuld festgesetzt war.

3. Ueber die Art und Weise der rechtlichen Aufkündung, deren Bewilligung, gesetzlichen Fristen, Eröffnung und Vollziehung: s. das Gesetz über die Schuldbetreibungen von 1853, §§. 59 — 61., 67 bis 70., 72 und 78.

§. 786. Eine Bürgschaft kann eingegangen werden für jede bereits gegründete oder künftig entstehende Verpflichtung. 6. Gegenstand.

Siehe die Erl. 2. zu §. 776.

§. 787. Für Verpflichtungen, welche nie rechtsgültig gewesen, kann sich Niemand verbindlich verbürgen.

Wer sich jedoch für Jemanden verbürgt, dessen Unfähigkeit sich zu verpflichten ihm bekannt war, haftet dem Gläubiger.

1. Nie rechtsgültig: z. B. die Verpflichtung beruht auf Spiel oder einer Wette (§. 626.), oder auf einem Verpfründungsvertrage, bei welchem die gesetzliche Form (öffentliche Bekanntmachung u. s. w., s. §. 967.) nicht beobachtet worden ist. In allen derartigen Fällen ist, gleichwie die Hauptschuldverpflichtung ungültig, so auch die dafür geleistete Bürgschaft unverbindlich.

2. Unfähigkeit: s. die Erl. 1. zu §. 782. Auch für eine Schuld, welche gegen den Hauptschuldner nicht eingeklagt werden kann, weil dieser nicht handlungsfähig oder speziell zur Eingehung der

betreffenden Verbindlichkeit unfähig war, kann der allfällig dafür verpflichtete Bürge vom Gläubiger zur Bezahlung verhalten, mit andern Worten, eine gültige Bürgschaft eingegangen werden, sobald der Bürge nachweisbar jenen Mangel (die Unfähigkeit des Hauptschuldners) gekannt hat.

3. Eine Frau hatte ohne Wissen und Willen ihres Beistandes bei Jemandem ein Darleihen erhoben und ein Dritter die diesfällige Schuldverpflichtung als Bürge unterzeichnet. Von dem Darleiher, der gefühlt haben mochte, daß er die Frau nicht mit Erfolg für die dargeliehene Summe belangen könne, wurde unmittelbar der Bürge belangt, die diesfällige Klage aber als unbegründet abgewiesen, weil die Schuldverpflichtung der Frau nach §§. 398 und 399. des A. B. G. als ungültig dahingefallen sei, und der Bürge für eine von Anfang an ungültige Verpflichtung der Ausstellerin der Schuldurkunde nicht nachgenommen werde könne. (O. R. 1864 S. 26.)

7. Form. §. 788. **Eine Bürgschaft für einen Betrag, welcher die Summe von einhundert Franken übersteigt, ist nur dann gültig, wenn darüber eine Urkunde ausgefertiget wird.**

1. Uebersteigt: z. B. es wird für eine Summe von 100 Fr. 5 Rp. Bürgschaft geleistet; hier schon ist zur Gültigkeit zur letzteren die Ausstellung einer Urkunde nothwendig, für einen Betrag von gerade 100 Fr. und darunter dagegen noch nicht.

2. Urkunde: Wird die Bürgschaftsverpflichtung in die Hauptschuldurkunde aufgenommen, so muß dieselbe wenigstens vom Hauptschuldner und Bürgen unterzeichnet werden, und wird über den Bürgschaftsvertrag eine besondere Urkunde aufgesetzt, so genügt die Unterschrift des Bürgen. Für den Fall, wenn der Betreffende des Schreibens unfähig ist: s. die daherigen Gesetzesvorschriften in §§. 633 und 634.

8. Umfang. §. 789. **Wer sich für ein nicht zinstragendes Hauptgut verbürgt, haftet nur für dieses.**

Wer sich für ein zinstragendes Hauptgut verbürgt, haftet für drei Zinse und den Markzins, sowie für die während der Betreibung und des Geldstages laufenden Zinse.

Der Bürge haftet ferner für die Kosten der Betreibung und der Eingabe bei Schuldenrufen, amtlichen Güterverzeichnissen und Geldstagen.

1. Nicht zinstragendes Hauptgut: Würden hier auch allfällig später — nach Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung — zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner Zinse verabredet, z. B. durch Umwandlung einer ausstehenden Kaufsumme in ein Darlehen, so haftet alsdann doch der Bürge nur für das Hauptgut und nicht auch für die neu vereinbarten Zinszahlungen. Dagegen bezieht sich lemma 3. dieser Gesetzesstelle auch auf den Fall der nicht zinstragenden Hauptforderungen, indem stets der Bürge auch für die Kosten der Betreibung, des Geldstages und der Eingabe bei Schuldenrufen und amtlichen Güterverzeichnissen stillschweigend haftet, — es wäre denn, daß der Gläubiger durch Nichtbefolgung der Vorschriften des §. 785. den Bürgen seiner Verpflichtung gänzlich entbinden würde.

2. Zinstragendes: Hat sich Jemand für eine zinstragende Forderung verbürgt, so wird angenommen, er habe zugleich für Kapital und Zins einstehen wollen. Er haftet aber, sei es, daß er nur im Allgemeinen eine zinstragende Forderung verbürgt, sei es, daß er ausdrücklich für Kapital und Zinse zu haften erklärt hat, nur für drei Zinse und den Markzins, sowie für diejenigen Zinse, welche bis nach Beendigung der Betreibung und des Geldstages des Hauptschuldners fortlaufen, endlich für die in Absatz 3. dieser Gesetzesstelle angeführten Kosten.

3. Wie verhält es sich aber, wenn sich der Bürge unwissentlich für eine zinstragende Hauptschuld verbürgt, so daß er im guten Glauben gestanden ist, letztere sei unverzinsbar? Ist aus den Verhältnissen ersichtlich, daß von seiner Seite ein entschuldbarer Irrthum im Sinne des §. 622. vorgewaltet habe, so stellt sich seine eingegangene Verpflichtung betreffend der Zinse als unverbindlich heraus; wo nicht (z. B. die Hauptschuld war ein Darleihen, dessen Verzinslichkeit auch ohne Anwendung besonderer Aufmerksamkeit Jedermann hätte als wenigstens wahrscheinlich einleuchten sollen), so hat er dessenungeachtet nach lemma 2. dieses §. 789. auch für die Zinse zu haften.

§. 790. Der von dem Gläubiger zur Bezahlung verhaltene Bürge (§§. 777 und 778.) hat den Schuldner zur Zahlung aufzufordern. Zahlt der Schuldner nicht, so hat der Bürge für seine volle Leistung das Rückgriffsrecht auf den Schuldner.

Bezahlt der Bürge, ohne den Schuldner aufgefordert zu haben, so ist dieser berechtiget, dem Bürgen die gleichen Einwendungen entgegenzusetzen, die er gegen den Gläubiger hätte geltend machen können.

1. Bürge (§§. 777 und 778.): Also auch derjenige, der sich als „Bürge und Mitschuldner“ im Sinne des §. 778. verpflichtet hat. Einzig für den im §. 777. mitberührten Fall, wenn der Hauptschuldner nach Entstehung der Bürgschaft seinen Wohnsitz im Kanton verlassen hat, kann dem Bürgen nicht zugemuthet werden, denselben zum Behufe der diesfälligen Aufforderung zuerst aufzusuchen, so daß er dann auch ohnedies sein Rückgriffsrecht auf den Schuldner behält; denn der gleiche Grund, der den Gesetzgeber bewogen hat, in diesem Falle dem Gläubiger das Recht zur sofortigen Belangung des Bürgen zu geben (s. die Erl. 2. zu §. 777.), muß hier auch für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner Anwendung finden.

2. Rückgriffsrecht: s. den folgenden §. 791.

3. Einwendungen: Die Lage des Hauptschuldners darf durch die Leistung des Bürgen nicht verschlimmert werden. Bezahlt daher der Bürge ohne erlassene Aufforderung an den Erstern dessen Schuld, ohne sich um die allfälligen Einwendungen bekümmert zu haben, welcher dieser vielleicht dem Gläubiger hätte entgegensetzen können, so tritt nun freilich nach §. 791. der Bürge in die Rechte des Gläubigers, hat aber dann gerade in dieser Stellung auch die Einreden sich gefallen zu lassen, welche der Hauptschuldner dem Hauptgläubiger

gegenüber zu halten berechtigt gewesen wäre, wie z. B. die der Gegenrechnung u. s. w.

4. Die Frage: Ob durch Nichtannahme einer Anweisung im Geldstage des Hauptschuldners der Gläubiger sein Regreßrecht gegen den Bürgen verliere? wurde vom h. Obergerichte im verneinenden Sinne entschieden. Dieser Entscheid ist folgendermaßen begründet: „Der beklagte Bürge war in der Lage, seine Rechte zu wahren, indem er nicht bestritten, daß ihm zur Gantverhandlung geboten worden und er der Kollokationseröffnung und Nachschlagsverhandlung beigewohnt habe. Diese Thatsachen schienen uns entscheidend. Nach dem üblichen Geldstagsverfahren im alten Aargau (vor der neuen G. O.) hatte ein Gläubiger, um sich das Forderungsrecht gegen einen dritten Verpflichteten zu sichern, nichts weiter zu thun, als diesem Letzteren zur Nachschlagsverhandlung zu bieten und ihn dadurch zur Wahrung seiner Rechte und Interessen aufzufordern. Dagegen ist er nicht schuldig, eine zweifelhafte Anweisung anzunehmen, weil ihm bei der Kollokationseröffnung die sichere Kenntniß des wirklichen Werthes der Gantkäufe, auf welche er angewiesen worden, fehlt, und eine unsichere Anweisung keine Zahlung ist. Durch die Ausschlagung einer solchen Anweisung werden weder der Hauptschuldner noch die Bürgen von ihrer Schuldpflicht befreit. Die Ausschlagung des Gläubigers gefährdet auch die Rechte des Bürgen nicht, indem dieser an der Stelle des Gläubigers die Anweisung annehmen oder ablehnen und das Nachschlagsrecht ausüben kann. (O. R. 1857 S. 19.)

9. Rechte des Bürgen:
a. auf Abtretung der Forderung.

§. 791. Der Bürge, welcher den Gläubiger bezahlt, tritt in dessen Rechte und ist sonach befugt, von demselben die Abtretung der Forderungsurkunde und der Sicherheiten zu verlangen, welche der Gläubiger für die Schuld besitzt.

1. In dessen Rechte: Der Bürge, welcher nach erlassener Zahlungsaufforderung an den Hauptschuldner (s. §. 790.) den Gläubiger bezahlt hat, erhält eine Entschädigungsforderung gegen den Hauptschuldner, sowohl mit Bezug auf das Kapital und die Zinse, als für die übrigen Kosten, die er um der Bürgschaft willen gehabt hat; zu diesem Behufe hat ihm der Gläubiger die Forderungsurkunde im Sinne des §. 819. zu Eigenthum abzutreten, nebst allen damit verbundenen Sicherheiten. Diese Entschädigungsforderung, die sich auch ohne ausdrückliche Cession von selbst versteht, kommt dem einfachen Bürgen wie dem Bürg- und Mitschuldner gleichmäßig zu.

2. Sicherheiten: d. h. überhaupt alle Rechte des Gläubigers, welche dieser gegen den Hauptschuldner oder auf eine weitere Versicherung der Schuld gehabt hat; auch die Pfandrechte, die er durch Rechtstrieb erworben; ferner andere Bürgschaftsrechte, die ihm zustehen; das Wechselrecht, wenn eine Wechselforderung verbürgt worden ist u. s. w.

3. Wenn dem Gläubiger vor oder bei der Eingehung der Bürgschaft außer derselben noch andere Sicherheit für die Schuld bestellt war, so ist er nicht befugt, zum Nachtheil des Bürgen darauf zu

verzichten. Thut er es ohne Zustimmung des Bürgen, so wird er diesem für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.

4. S. die obergerichtlichen Entscheidungen in Erl. 2. zu §. 603. und in Erl. 3. zu §. 595.

b. auf Sicherstellung.

§. 792. Dem Bürgen steht das Recht zu, von dem Schuldner Sicherstellung zu verlangen.

Wird die Sicherung innert dreißig Tagen nicht geleistet, so ist die Forderung zahlungsfällig (§. 785.)

1. Sicherstellung: Dazu ist nach unserem Rechte jeder Bürge und zu jeder Zeit berechtigt, wodurch aber im Grunde doch das Wesen der Bürgschaft verletzt wird. Denn aus der Bürgschaftsleistung an sich folgt kein Recht auf Sicherung. Die Bürgschaft dient gerade in vielen Fällen dazu, dem Schuldner Kredit zu verschaffen, wo dieser keine reale Sicherheit in Unterpfändern geben kann. Diese Sicherheit kann auf alle mögliche Weise bestellt werden; findet sie der Bürge nicht genügend, so entscheidet das Bezirksgericht nach freier Ueberzeugung (s. §. 795.).

2. Zahlungsfällig: Durch die beigesetzte Verweisung auf §. 785. erinnert der Gesetzgeber daran, daß der Bürge auch in diesem Falle berechtigt werde, die Bürgschaft rechtlich aufzukünden, sowie sodann im Weiteren der Gläubiger dadurch zur Vornahme der in §. 785. vorgeschriebenen Schritte verpflichtet wird

c. auf Ersatz abgegangener Bürgen.

§. 793. Wenn ein Mit- oder Rückbürge in den Geldstag fällt, oder den Kanton verläßt, so kann der Bürge darauf dringen, daß der Schuldner seine Entlassung bewirke oder einen neuen Mitbürgen oder Rückbürgen stelle.

Wird dem Begehren innert dreißig Tagen nicht entsprochen, so ist die Forderung zahlungsfällig. (§. 785.)

1. Mitbürgen: s. §. 781.: Rückbürgen: s. §. 780.

2. Seine Entlassung bewirke: Sei es in Folge Zahlung des Schuldners, oder auch ohne solche.

3. Zahlungsfällig: s. die Erl. 2. zu §. 792. Vrgl. auch §. 777. sammt den dortigen Erläuterungen.

d. auf Anweisung der Forderung.

§. 794. Wenn der Schuldner den größern Theil seiner Liegenschaften wegfertiget, so kann der Bürge die Anweisung der verbürgten Forderung verlangen, sofern für dieselbe nicht schon genügliche Sicherheit besteht oder dargeboten wird. (§. 795.)

1. Den größern Theil u. s. w.: Vrgl. die Erl. 3. zu §. 777.

2. Anweisung: d. h. der Bürge kann in diesem Falle, sofern nicht sonst genügende Sicherheit besteht, verlangen, daß der oder die Käufer der betreffenden Liegenschaften verhältnißmäßig von ihrem Kaufschilling an den Gläubiger der verbürgten Forderung im Betrage dieser letzteren zur Bezahlung Namens des Hauptschuldners angewiesen werden; der Gläubiger ist seinerseits verpflichtet, die Käufer als neue Schuldner, mit andern Worten, die Anweisung als solche, anzunehmen. Vrgl. auch die §§. 582 — 585. und 827 — 832.

3. Genügliche Sicherheit: s. den folgenden §. 795.

§. 795. Findet der Bürge die angebotene Sicherheit (792, 793 und 794.) nicht genügend, so entscheidet auf dem

Wege der Untersuchung das Bezirksgericht. Gegen den Entscheid findet kein Rechtsmittel statt.

1. Der Untersuchung: d. h. nicht auf dem Wege des gewöhnlichen Civilprozesses. Der Bürge hat ein einfaches motivirtes Gesuch an das Gericht zu stellen, der Hauptschuldner sodann seine Gegengründe anzubringen, worauf das Gericht durch die ihm passend scheinenden Mittel die nöthigen Nachforschungen vornimmt und nach freier Ueberzeugung seinen Entscheid ausfällt.

2. Kein Rechtsmittel: Die Entscheidung des Bezirksgerichts kann nicht ans h. Obergericht weiters gezogen werden; es ist hier weder die Appellation, noch der Rekurs, noch die Nichtigkeitsbeschwerde statthaft.

10. Erlöschung.

§. 796. Die Bürgschaft erlöscht in dem gleichen Maße, wie die Verbindlichkeit des Schuldners.

Sie erlöscht durch die Erlassung des Gläubigers.

Hat der Gläubiger einen Mitbürgen ohne Einwilligung der Uebrigen seiner Verbindlichkeit entlassen, so vermindert sich die Verbindlichkeit dieser Letztern in dem Verhältniß des Theiles, zu dessen Bezahlung der entlassene Mitbürge verpflichtet gewesen.

Der Entlassung wird gleich geachtet, wenn der Gläubiger seine Forderung im amtlichen Güterverzeichniß oder verbindlichen Schuldenrufe des Bürgen (§§. 776, 777, 778, 779 und 781.) nicht anmeldet.

1. In dem gleichen Maße: Zahlt der Schuldner ganz, so erlischt auch die Bürgschaft vollständig; zahlt er zum Theil, so besteht die Bürgschaft nur noch für den Rest der Forderung. Da die Bürgschaft keine selbstständige Existenz hat, so kann sie auch nur so lange und soweit bestehen, als die Hauptschuld einigen Bestand hat, für deren Sicherheit sie bestimmt ist.

2. In dem Verhältnisse des Theiles u. s. w.: Vrgl. das Beispiel in der Erl. zu §. 783. Möglicherweise kann aber hier der entlassene Mitbürge gerade zum größten Theile, z. B. zu drei Viertheilen der verbürgten Forderung, verpflichtet gewesen sein; selbst in diesem Falle würden alle übrigen Mitbürgen zusammen nur noch zu einem Viertheil verpflichtet bleiben.

3. Im amtlichen Güterverzeichniß u. s. w.: Nach §. 303. der P. O. kann sich indessen der Gläubiger, wenn er wegen Unkenntniß solcher Publikationen unterläßt, seine Ansprache in vorgeschriebener Zeit einzureichen oder seine Rechte geltend zu machen, und diese Unkenntniß eidlich beschwört, auf seine Kosten innerhalb Jahresfrist durch die betreffende Gerichtsbehörde wieder in den vorigen Stand setzen lassen, wodurch sodann die inzwischen erloschene Bürgschaft wieder auflebt. Die Citation der §§. 776 — 779. und 781. deutet darauf hin, daß diese Vorschrift der nothwendigen Anmeldung des Gläubigers sich nicht nur auf die einfache Bürgschaft, sondern auch auf die Bürg- und Mitschuldner, Mitbürgen und Nachbürgen beziehe.

4. Gleich andern persönlichen Verbindlichkeiten erlöscht auch die

Bürgschaft gemäß §§. 852 und 853. binnen zehn Jahren, sofern keine Unterbrechung im Sinne des §. 861. stattgefunden hat, und zwar von dem Zeitpunkte an, wo die Hauptschuld fällig geworden ist. Dagegen erlischt sie nicht schon durch den Tod weder des Gläubigers noch des Bürgen oder Hauptschuldners, sondern geht auf die Erben über; was schon daraus folgt, daß der Gesetzgeber den Tod dieser Personen nicht als Grund der Auflösung des Bürgschaftsvertrages anführt.

§. 797. Hat sich Jemand dafür verbürgt, daß ein Anderer ein Geschäft gehörig besorgen werde, so kann der Bürge nach Beendigung des Geschäftes verlangen, daß binnen einer zu bestimmenden Frist die Abrechnung und die Einforderung der Schuld erfolge, oder er der Bürgschaft entlassen werde.

Frist: Können sich die Betreffenden darüber nicht vereinbaren, so wird sie auf schriftliches motivirtes Gesuch des Bürgen hin vom Gerichte festgesetzt.

Zweites Hauptstück.

Von Rechten und Verbindlichkeiten, welche durch Beschädigungen entstehen.

§. 798. Der Nachtheil, den Jemand an seiner Person oder an seinem Vermögen erleidet, heißt Schaden; der Nachtheil, den Jemand dadurch erleidet, daß er verhindert wird, sich Vortheile zuzueignen, die er sich nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hätte zueignen können, heißt entgangener Gewinn. I. Begriff.

1. Die Verbindlichkeit zum Schadensersatze besteht darin, daß Jemand den Nachtheil, welchen ein Anderer durch einen Thatumstand, für dessen Folgen jener einstehen muß. in seinem Vermögen erlitten hat, wieder auszugleichen verpflichtet ist. Der Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Vermögensbestande, sowie er nach jenem Thatumstande, abgesehen von dem eben dadurch begründeten Ersatzanspruch, sich darstellt, und zwischen dem Betrage, den dasselbe sonst haben würde, heißt das „Interesse", dessen Leistung sowohl den nächsten Inhalt einer Obligation, die nämlich erst durch eine Beschädigung entsteht, ausmachen, als auch an die Stelle eines andern ursprünglichen Inhalts einer schon bestehenden Obligation treten oder zu demselben hinzukommen kann, wenn deren eigentliche Erfüllung gar nicht oder nicht in gehöriger Weise erfolgte. Das Interesse begreift nun nicht nur den Nachtheil, den Jemand an seiner Person, sondern auch an seinem Vermögen erleidet; ferner nicht nur die Minderung des Vermögens um einen schon in demselben enthaltenen Bestandtheil, d. h. den eigentlichen Schaden, „positiven" Schaden, sondern auch die Vereitelung einer Vermögensvermehrung, welche sonst für den Beschädigten eingetreten sein würde, d. h. den entgangenen Gewinn oder „negativen" Schaden. Und dabei kann

nicht nur der Nachtheil in Betracht kommen, welcher als unmittelbare Folge des beschädigenden Ereignisses erscheint und daher in gleicher Weise jeden Anderen betroffen haben würde (unmittelbarer Schaden), sondern auch derjenige, welcher nur mittelbar, durch Zusammentreffen besonderer Umstände oder Verhältnisse, für den Gläubiger daraus hervorgegangen ist (mittelbarer oder indirekter Schaden). Im Allgemeinen kann nur der Nachtheil, und zwar nur ein Vermögensnachtheil, der erweislich durch das fragliche Ereigniß selbst hervorgebracht ist, bei der Schätzung des zu leistenden Ersatzes in Anbetracht kommen; der „entgangene Gewinn", mit dem positiven „Schaden", zusammen betreffend die Ersatzverpflichtung „volle Genugthuung" genannt (s. §. 800.), kann nur da in Anschlag kommen, wo das Gesetz für die Art und Weise der Beschädigung dies ausdrücklich oder grundsätzlich bestimmt.

2. An seiner Person oder an seinem Vermögen: Es ist hier der Bereich der Fälle gemeint, welche von den Römern in der actio legis Aquiliae zusammengefaßt worden sind, daher nicht jeder Schaden überhaupt, sondern nur der körperliche oder sächliche. „Bluntschli" macht dies in seiner Erläuterung zur gleichen Gesetzesstelle des Zürch. privatr. Gesetzbuches durch folgendes Beispiel anschaulich: „Wenn z. B. ein Kapellmeister die Ouvertüre eines Komponisten eigenmächtig ändert und dadurch zum Schaden desselben beiträgt, so ist das kein Schaden, wie ihn diese Gesetzesstelle auffaßt. Möglich ist's, daß dabei ein Vertrag verletzt wurde, und dann kann der Komponist aus dem Vertrag klagen; oder es kann eine Verletzung des Autorrechts vorliegen und dann aus diesem Grunde geklagt werden; es ist aber auch möglich, daß in diesem Fall überall keine Klage auf Ersatz zulässig ist. Nicht jeder Schaden, der einem Andern aus Fahrlässigkeit widerfährt, berechtigt zur Klage."

II. Verschuldete Beschädigung.
1. Ersatzpflicht.

§. 799. Wer einen Andern durch sein Verschulden beschädigt, ist zu dem Ersatze des Schadens verpflichtet, worunter die Herstellung des frühern Zustandes, oder wenn diese nicht möglich ist, die Vergütung des Nachtheils verstanden wird, den der Beschädigte erlitten hat.

1. Der bloße Umstand, daß uns ein Schaden betroffen hat, giebt an sich noch keinen Grund ab, weshalb wir von einem Andern die Wiederherstellung des früheren Zustandes, oder wenn dies nicht möglich ist, Ersatz für den dadurch verursachten Schaden verlangen können. Denn in sehr vielen Fällen müssen wir den uns betroffenen Schaden selber tragen. Das gilt unbedingt und immer von demjenigen Vermögensschaden, den wir selber verschuldet, d. h. absichtlich oder durch eigene Nachlässigkeit uns zugezogen haben, sowie regelmäßig auch von demjenigen Schaden, der uns im Gefolge eines reinen Zufalls (§. 811.) trifft. Ueberhaupt setzt jede Verbindlichkeit zur Leistung von Schadensersatz einen besonderen Verpflichtungsgrund, ein eigentliches „Verschulden" dritter Personen, dazu voraus. Ein solcher Grund kann natürlich darin liegen, daß ein Anderer freiwillig, sei es nun bereits vor oder erst nach dem beschädigenden Ereignisse, uns den Schadensersatz zugesichert hat; er kann aber auch schon in ge-

wissen allgemeinen gesetzlichen Vorschriften liegen. Dahin gehört gerade die Gesetzesbestimmung, daß, wer im einzelnen Falle durch sein entschieden widerrechtliches Benehmen den fremden Schaden verursacht hat, dem Beschädigten auf dessen Verlangen Genugthuung leisten, d. h. den früheren Zustand wieder herstellen oder Entschädigung bezahlen muß. Solche Entschädigungsforderungen können nun auf eigentlichen strafbaren Vergehen oder Verbrechen, oder auf anderen widerrechtlichen Handlungen beruhen, die an sich nicht strafbar sind, aber dennoch einen Andern in Nachtheil bringen und daher die Entschädigungspflicht gegenüber dem Beschädigten veranlassen. Im Allgemeinen heißt „Verschulden" jedes widerrechtliche Benehmen, es bestehe in einem positiven Thun oder in einer bloßen Unterlassung, insofern es nur den Handelnden oder Unterlassenden für die Folgen seines Benehmens verantwortlich macht. Dieses „Verschulden" zerfällt aber wiederum mit Rücksicht auf die Art und den Grad desselben in zwei Unterarten, nämlich die Verschuldung aus böser Absicht (dolose Handlung oder Unterlassung) und in die aus bloßer Fahrlässigkeit (blos kulpose Handlung oder Unterlassung); je nachdem der eine oder andere dieser Verschuldungsgrade vorliegt, legt das Gesetz dem Beschädiger nur die Pflicht zum einfachen Ersatze des positiven Schadens (§. 799.) oder die volle Genugthuung (mit Inbegriff des dem Beschädigten entgangenen Gewinns, §. 800.) auf.

2. Im Jahre 1857 wurde die Straße durch das Dorf Tegerfelden einer Korrektion unterworfen. Der Eigenthümer einer an der Straße daselbst gelegenen Gebäulichkeit erhob in Folge dessen gegen den Staat eine Entschädigungsklage, indem er anbrachte: Durch die Korrektion sei die Straße um etwa 3′ erhöht und gegen sein, des Klägers, Eigenthum mit Randsteinen eingefaßt worden. Dadurch hätten seine Gebäulichkeiten zwei wesentliche Nachtheile erlitten, indem bei Regenwetter und besonders bei Platzregen das Wasser von der Straße herunter auf Vorplatz und Gebäulichkeiten fluthe und ferner die freie Kommunikation mit der Straße, die Zufahrt zur Scheune, die Möglichkeit das Vieh aus- und einzutreiben, verloren gegangen sei. Vom Staate wurde die Pflicht zum Schadensersatze grundsätzlich bestritten, weshalb die Frage in Erörterung gezogen werden mußte: Ob der Staat überhaupt in einem Falle, wie der vorliegende, zur Leistung von Schadensersatz verhalten werden könne. Das h. Obergericht gieng von der Ansicht aus, daß bei Prüfung und Entscheidung dieser Frage nachfolgende Gesichtspunkte als maßgebend erscheinen müssen: §. 19. der Staatsverfassung vom 22. Februar 1852 enthalte die Bestimmung, daß das Eigenthum unverletzlich sei und zur Abtretung desselben der Eigenthümer, außer in den durch die Bundesverfassung bezeichneten Fällen, nur durch Dekret des Großen Rathes, wenn es das öffentliche Wohl erfordere, gegen volle daherige Entschädigung angehalten werden könne. Zufolge der hier ausgesprochenen Bestimmung könne also Niemand genöthigt werden, sein Eigenthum abzutreten, es sei denn, daß ihm dafür volle Entschädigung geleistet werde. Wenn nun durch die Verfassung die Abtretung des Eigenthums von vollständiger Entschädigung abhängig gemacht werde, so

ergebe sich hieraus mit Nothwendigkeit die Folgerung, daß der Staat, wenn er im Interesse des öffentlichen Wohles Straßenverbesserungen vornehme, zum Schadensersatze verpflichtet sei, sobald er zu diesem Zwecke Privateigenthum gebrauche, sei es, daß er das Eigenthum in seinem ganzen Umfange in Anspruch nehme, sei es, daß er demselben in der Weise zu nahe trete, daß er einen Theil der den Inbegriff des Eigenthums bildenden Rechte beanspruche oder beinträchtige. Dieser aus der Verfassung abgeleitete Satz finde seine Begründung auch in verschiedenen vom Großen Rathe getroffenen Anordnungen, wie z. B. in §. 11. des Dekretes vom 11. Februar 1857 über Erbauung einer Ortsverbindungsstraße zwischen Wettingen und Otelfingen; in den §§. 9 und 13. des Dekretes vom 28. Mai 1858 über den Bau einer neuen Straße zwischen Lenzburg und Wildegg; sowie in andern derartigen Dekreten. (O. R. 1862 S. 30.)

3. Die Besitzer des sogenannten Geißhofes in Unterlunkhofen hatten gegen den Staat Aargau eine Civilklage erhoben, mit folgendem Inhalte: Sie seien Eigenthümer der Güter des Geißhofes, welche auf dem rechten Reußufer bei Unterlunkhofen liegen und sich von der Mündung des daselbst gebauten neuen Reußkanals an hinunter bis gegenüber dem Kloster Hermetschwyl erstrecken. Vor Anlegung des neuen Reußkanals habe sich längs dem rechten Ufer ein circa 20 bis 25′ breites Gehölz zwischen der Reuß und einer die Geißhofgüter flankirenden Feldstraße befunden. Das Land des Geißhofes habe sich bis zur Mitte der jetzt auf dem linken Ufer sich hinziehenden Kiesbank erstreckt. Seit dem Baue des neuen Reußkanals sei nun jenes Gehölz nebst der Feldstraße und einem sehr großen Theile, circa 9 Jucharten und 40 Bäumen, des klägerischen Landes in die Tiefe der Reuß gesunken und diese drohe immerfort noch mehr zu verschlingen. Dieses Unheil habe der Staat Aargau wesentlich infolge der Art und Weise, wie die Reuß oberhalb den Geißhofgütern kanalisirt worden, verschuldet, und dazu habe auch noch die spätere Beseitigung des Mühlewuhrs bei Hermetschwyl mächtig mitgewirkt. Die Kläger belangen daher den Staat Aargau grundsätzlich für Ersatz des Schadens, der ihnen von ihrem Lande im Geißhof infolge der bewerkstelligten Reußkorrektion und Nichtanbringung schützender Vorkehren erwachsen sei und noch erwachsen werde. Die Vertheidigung des Staates gieng wesentlich dahin: Es falle ihm in der ganzen Angelegenheit kein „Verschulden“ zur Last, welches die Anwendung von §. 799. des A. B. G. begründen könnte. Die vorgenommene Korrektion sei keine gesetzwidrige, zu einem Anspruch auf Schadensersatz berechtigende Handlung, sondern nur ein Ausfluß der Hoheitsrechte des Staates, eine Vollziehung des großräthlichen Dekretes, durch welches die fragliche Korrektion angeordnet worden. Das diesfällige Vorgehen des Staates liege in seiner Berechtigung und Pflicht, und er könne deshalb nicht zur Leistung von Schadensersatz verhalten werden. Das h. Obergericht befand: die vorliegende Klage sei eine reine Schadensersatzklage; den Klägern liege der Beweis des erlittenen und noch zu befürchtenden Schadens und der Ursache desselben ob; beziehungsweise stehe ihnen das Recht zum Beweise zu, insofern der Staat nicht schon grundsätzlich

von jeder Pflicht zur Schadloshaltung frei erklärt werden müsse. Die beklagte Partei glaube dieses. Das Recht des Staates, im Interesse des öffentlichen Wohles oder zum Nutzen einer Landgegend großartige, die Kräfte der Einzelnen überschreitende und zugleich das Eigenthum der Bürger gefährdende oder in Anspruch nehmende Werke zu errichten, sei aber nicht in Frage; es handle sich nur darum, ob das Privateigenthum ohne Entschädigung, mittelbar oder unmittelbar, dafür in Anspruch genommen werden dürfe, mit andern Worten, ob, wenn die öffentlichen Einrichtungen und Anstalten des Staates das Privateigenthum Einzelner gefährden und dieselben in offenbaren Schaden bringen, diese den Schaden als ein zufälliges unglückliches Ereigniß an sich tragen müssen. Diese Frage müsse unbedenklich verneint werden und sollte im Grunde auch gar nicht streitig sein; denn es sei wohl ein Fundamentalsatz des öffentlichen Rechtes des Landes, daß wenn auch in Bezug auf die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit seiner Einrichtungen der Staat dem Einzelnen nicht verantwortlich sei und unter gewissen Voraussetzungen über dessen Eigenthum verfügen dürfe, der Staat hingegen in Bezug auf die Pflicht zum Ersatz eines Schadens, der dem Privateigenthum infolge staatlicher Einrichtungen und Anordnungen und allfälliger auch unvorhergesehener Wirkungen derselben erwachse, einem Privatmanne ganz gleichstehe und kein Privilegium besitze. Die Verfassungen des Kantons seit 1830 erklärten das Eigenthum als unverletzlich; nur gegen volle Entschädigung dürfe der Staat darüber verfügen. Es bestehe kein innerer Grund, diese Verfassungsbestimmungen auf das streitige Verhältniß nicht anzuwenden, auf welches sie wenigstens eben so gut paßten, als der §. 799. des A. B. G., der zunächst auf einen von Privaten widerrechtlich zugefügten Schaden Bezug habe, obgleich auch dieser §. die allgemeine Verbindlichkeit zum Ersatze eines jeden nicht rein zufälligen und ganz unverschuldeten Schadens in deutlichen Worten ausspreche. Es verstehe sich von selbst, daß es Aufgabe der Kläger sei, die Behauptung, daß ihnen wirklich ein Schaden erwachsen, sowie den Umfang und die Ursache des Schadens beweislich aufrecht zu stellen. (O. R. 1861, S. 28.)

2. Volle Genugthuung.

§. 800. Hat das Verschulden in einer bösen Absicht seinen Grund, so ist der Urheber des Schadens dem Beschädigten volle Genugthuung schuldig.

Die volle Genugthuung besteht in dem Ersatze des Schadens (§. 799.), in dem Ersatze des entgangenen Gewinnes (§. 798.), und je nach dem Ermessen des Richters in dem Ersatze des Preises der Vorliebe (§. 432.)

1. Bösen Absicht: s. die Erl. 1. zu §. 799.

2. Schadensersatz — entgangenen Gewinnes — des Preises der Vorliebe: s. je die Erl. zu §§. 799, 798 und 432.

3. Körperverletzung und Tödtung.

§. 801. Besteht der zugefügte Nachtheil in einer Körperverletzung, so begreift der Ersatz sowohl die Heilungskosten und das Schmerzengeld, als die Vergütung des Nachtheils in sich, den der Verletzte durch die Unterbrechung seiner Arbeit

und durch etwaige Abnahme seiner Tüchtigkeit zu derselben für die Zukunft erleidet. Hat die Verletzung eine Verunstaltung zur Folge, so ist auf diesen Umstand ebenfalls Rücksicht zu nehmen.

Verursacht die Verletzung den Tod, so muß der Urheber auch diejenigen entschädigen, denen der Getödtete den Unterhalt und die Pflege zu reichen hatte.

1. Körperverletzung — Tod: Je nachdem hier ein eigentliches Verbrechen oder blos ein zuchtpolizeiliches Vergehen vorliegt, urtheilt über die Schadensersatzfrage gerade auch das Kriminal- oder Bezirksgericht von Amteswegen. In den Fällen bloßer Fahrlässigkeit muß eine besondere Schadensersatzklage angehoben werden.

2. Heilungskosten: Hieher gehören je nach Umständen sowohl die Arzt- und Apothekerkosten, als auch allfällige sonst damit verbundene Auslagen, wie z. B. für Kuren ꝛc.

3. Abnahme seiner Tüchtigkeit: Z. B. der Verletzte ist Taglöhner gewesen; durch die äußere Verletzung ist auch ein inneres Organ, wie z. B. das Herz oder die Lunge, dauernd angegriffen worden und er vermag nun nicht mehr so anhaltend und ausdauernd zu arbeiten wie früher.

4. Denen der Getödtete den Unterhalt und die Pflege zu reichen hatte: Hieher gehören nicht nur die Wittwe und nächsten Erben, wie Eltern, Geschwister und Kinder, sondern auch z. B. uneheliche Kinder, zu deren Alimentation der Getödtete verurtheilt war, u. s. w. Hat der Verstorbene hinreichendes Vermögen hinterlassen, so sind dessenungeachtet die nächsten Erben berechtigt, Ersatz für die Arzt-, Apotheker- und Beerdigungskosten zu verlangen, sowie im Falle einer bösen Absicht von Seite des Beschädigers im Sinne des §. 800. (mit andern Worten im Falle einer „vorsätzlichen Tödtung") die volle Genugthuung, d. h. auch Ersatz des durch den Tod des Erblassers entgangenen Gewinnes, indem derselbe möglicher Weise ohne großes Vermögen, aber ein tüchtiger Arbeiter oder Geschäftsmann war.

4. Verschulden Mehrerer.

§. 802. Haben Mehrere gemeinschaftlich durch ihr Verschulden Jemanden in Nachtheil gesetzt, so haften sie gemeinsam für den Ersatz.

Gemeinsam: d. h. als Gesammtschuldner im Sinne der §§. 636 — 640.; s. die dortigen Erläuterungen. — Zahlt einer von ihnen über seinen Antheil hinaus, so kann er immerhin von seinen Mitschuldnern verhältnißmäßige Rückbezahlung fordern. — Die Verpflichtung zum Schadensersatz geht auch auf die Erben des oder der Ersatzpflichtigen in dem Sinne über, daß alle Erben zusammen — und zwar je vom betreffenden Erblasser für dessen schuldigen Antheil — haften.

5. Mitverschulden des Beschädigten.

§. 803. Hat der Beschädigte durch sein Verschulden zu der Veranlassung des Schadens beigetragen, oder den erlittenen Schaden durch sein Verschulden vergrößert, so soll er denselben in dem Verhältnisse seines Verschuldens, und wenn dieses nicht auszumitteln ist, zu gleichen Theilen mit dem eigentlichen Urheber des Schadens tragen.

1. Beigetragen: Z. B. er hat den Beschädiger ungerechtfertigter Weise zum Zorne gereizt.

2. Vergrößert: Z. B. durch zu strenges Fahren des Schädigers mit dem entlehnten Pferde wird dasselbe krank. Letzteres wird dem Eigenthümer zurückgestellt; dieser aber, statt den Thierarzt zu holen, überläßt das Pferd sich selbst, so daß es seiner Krankheit erliegt; denn auch im Unterlassen kann ein Verschulden liegen.

3. In dem Verhältnisse: In allen Fällen einer gemeinsamen Verschuldung des Schädigers und des Beschädigten haben sie den Schaden gemeinsam — d. h. als Gesammtschuld im Sinne des §. 636. — je nach Maßgabe der Schuld, und im Zweifel (wenn der von jedem Einzelnen von ihnen angestiftete Schaden nicht ausgemittelt werden kann) zu gleichen Theilen zu tragen.

II. Unverschuldete Beschädigung.

§. 804. Den Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden verursacht, ist er zu ersetzen nicht pflichtig, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt. (§. 807.)

Das „Verschulden" kann sowohl in einem Thun als in einem Unterlassen, und nicht nur in einer bösen Absicht, sondern auch in einer bloßen Fahrlässigkeit liegen; s. die Erl. 1. zu §. 799. Ist jedoch eine solche Handlung oder Unterlassung keiner bestimmten Person zuzuschreiben, oder kann die Handlung oder Unterlassung, deren unmittelbare oder mittelbare Folge der Schaden ist, der betreffenden Person nicht zur Schuld angerechnet werden (vrgl. §. 807.), so ist der Schaden als ein zufälliger (s. §. 811.) zu betrachten und verpflichtet jene nicht zum Ersatze. Siehe übrigens die daherigen gesetzlichen Ausnahmsbestimmungen von dieser allgemeinen Regel: in §§. 805 — 810.

III. Schadenszufügung: a. in vorübergehender Sinnesverwirrung.

§. 805. Wenn sich aber Jemand durch sein Verschulden in den Zustand einer vorübergehenden Sinnesverwirrung versetzt hat, so ist auch der in demselben verursachte Schaden seinem Verschulden zuzuschreiben.

Vorübergehenden Sinnesverwirrung: Hieher gehört hauptsächlich der Zustand der Trunkenheit. Z. B. ein Betrunkener zerbricht, indem er fällt, ein Glas. Die Trunkenheit bildet niemals einen rechtsgültigen Grund der Entschuldigung gegenüber dem Ersatzfordernden; es wäre denn, daß er von einer anderen Person in böswilliger Absicht betrunken gemacht worden wäre, s. den folgenden §. 806.

§. 806. Derjenige, welcher einen Andern böswilliger Weise in den Zustand einer vorübergehenden Sinnesverwirrung versetzt, ist für den Schaden verantwortlich, den dieser in dem Zustande der Sinnesverwirrung verursacht.

1. Böswilliger Weise: Es braucht dieser Handlung nicht gerade eine strafbare Absicht, z. B. um den Andern in diesem Zustande zu bestehlen, zu Grunde zu liegen, sondern unter Umständen kann auch bloßer Muthwille zur Ersatzpflicht genügen. Z. B. A geht mit B in ein Wirthshaus und schüttet dem Letzteren unversehens einen Tropfen berauschender Essenz in sein Glas, ohne weitern Zweck, als um sich an dessen Sinnesverwirrung zu erlustigen. Zerschlägt dann

B in diesem Zustande die auf dem Tische stehenden Bouteillen und Gläser, so ist A den daherigen Schaden zu ersetzen verpflichtet. Zweifelhafter ist der Fall, wenn A dem B nur zutrinkt, um ihn berauscht zu machen; denn da kann dem B möglicherweise das eigene Verschulden zur Last gelegt werden, daß er zur gehörigen Zeit nicht selbst aufgehört habe zu trinken, somit durch Mitverschulden zu seinem Zustande und dem während dessen Dauer angerichteten Schaden mitgewirkt habe; hier ist dann eher die Bestimmung des §. 803. als die des §. 806. maßgebend, es wäre denn, daß auch hier ausdrücklich eine böswillige Absicht des A nachgewiesen werden könnte.

2. In dem Zustande der Sinnesverwirrung: d. h. nur so lange dieser wirklich dauert.

b. durch Kinder, Wahn- oder Blödsinnige.

§. 807. Beschädigt ein Kind, ein Wahnsinniger oder Blödsinniger Jemanden, der zur Beschädigung weder angereizt, noch durch sein Verschulden Anlaß gegeben, so ist zum Voraus derjenige für den Schaden verantwortlich, welchem derselbe wegen Vernachlässigung der ihm über den Beschädiger anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann; sodann der Beschädiger selbst.

Bezüglich des Beschädigers erkennt der Richter mit Berücksichtigung der Umstände und des Vermögens des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen oder blos theilweisen Ersatz.

1. Ein Kind: Ein solches wird bis zum Alter der Mündigkeit, d. h. dem zurückgelegten sechszehnten Altersjahre (§. 28.), als unzurechnungsfähig betrachtet. Jedoch haftet diejenige älterliche oder vormundschaftliche Gewalt über dasselbe, denen die Erziehung und sonstige Obsorge anvertraut ist, auch für die durch das Kind angestellten Beschädigungen, sofern sie die ihnen obliegende Aufsicht vernachlässigt hat.

2. Wahnsinnige oder Blödsinnige: s. hierüber die genauere Begriffsbestimmung unter den Erl. zu §. 260. Bei diesen ist ein Mangel der nöthigen Aufsicht über sie von Seite der Personen, denen sie zur Obsorge übergeben sind, noch um so unentschuldbarer als beim Kinde, da man ihren zerstörten Geisteszustand genau kennt und die Vermuthung einer schädigenden Handlung von ihrer Seite im Falle der vernachlässigten Aufsicht noch näher liegt.

3. Weder gereizt noch Anlaß gegeben: Wäre dies der Fall, so würde die Bestimmung des §. 803. zur Anwendung kommen.

4. Zum Voraus derjenige, u. s. w.: Hieher gehören namentlich die Eltern, Vormünder, Erzieher, Lehrer, Lehrmeister, Direktoren und Angestellten in Irrenanstalten und dergl., u. s. w. Kann diesen Personen kein „Verschulden", d. h. keine Vernachlässigung ihrer Obsorge, vorgeworfen werden, dann erst haften in zweiter Linie die Kinder resp. Wahnsinnigen oder Blödsinnigen, denen die Schädigung zur Last gelegt werden muß.

5. Mit Berücksichtigung der Umstände und des Vermögens: Der römische Grundsatz, nur im Falle der Zurechnungsfähigkeit des Schädigers diesen zum Schadensersatz zu verpflichten, ist

heutzutage wegen seiner Unbilligkeit in vielen Gesetzgebungen nicht mehr anerkannt. Wenn z. B. ein reiches Kind im Uebermuth ein Hausthier eines Andern tödtet, so widerstreitet es dem natürlichen Rechtsgefühl, daß dieser Andere den Schaden allein tragen solle. Ebenso, wenn ein hinreichendes Vermögen besitzender Wahnsinniger seiner Aufsichtsperson unversehens zu entrinnen weiß und eine Verwüstung um sich her anrichtet, ist es billig, daß er den von ihm verursachten Schaden wieder gut mache. Anderseits ist jedoch ebenfalls in Betracht zu ziehen, daß bei solchen unzurechnungsfähigen Personen weder von einer „bösen Absicht“ noch von einer „Fahrlässigkeit“, daher im Grunde überhaupt von keinem eigentlichen „Verschulden“ gesprochen werden kann, und daß es daher gleichfalls unbillig wäre, z. B. einen armen Blödsinnigen, der einem Reichen etwas Werthvolles zerbricht, diesem den ganzen Schaden ersetzen zu lassen. Aus allen diesen Gründen ist daher vom Gesetzgeber dem Richter überlassen, zwar nicht die Ersatzpflicht an sich, wohl aber die Größe des vom Unzurechnungsfähigen zu bezahlenden Schadensersatzes, nach freier Ueberzeugung je nach den vorliegenden Umständen und den Vermögensverhältnissen beider Parteien, festzustellen.

c. durch Thiere.

§. 808. Für den Schaden, der durch ein Thier verursacht wird, haftet derjenige, der das Thier dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Fällt Niemanden ein Verschulden dieser Art zur Last, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten.

1. Angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt: sei dies nun der Eigenthümer des Thieres, oder ein Anderer. Wenn Jemand ihrer Gattung nach wilde Thiere an einem zugänglichen Orte hält oder nicht für hinreichende Verwahrung derselben sorgt, so haftet er für allen Schaden, welchen dieselben anrichten. Ebenso haftet der Besitzer von Hausthieren, wenn dieselben wider die gewöhnliche Art ihrer Gattung gefährlich sind, z. B. von bissigen Hunden, von Zuchtstieren und anderm stößigem Rindvieh, für den Schaden, der durch gehörige Verwahrung und Aufsicht über dieselben hätte abgewendet werden können. Hat der Beschädigte durch Reizung eines Thieres (wilden oder zahmen, gefährlichen oder ungefährlichen), oder indem er sich muthwilliger Weise einer offenen Gefahr ausgesetzt hat, die Schädigung selber veranlaßt, so hat er auf keinen Ersatz Anspruch. Ist das Thier von einem Andern als dem Beschädigten oder von dem Thiere eines Andern gereizt worden, so haftet der Eigenthümer des schädigenden Thieres nur insofern, als ihm ein Mangel an der obliegenden nöthigen Verwahrung zur Last fällt, und dannzumal zugleich mit ihm der, welcher gereizt hat, oder der Eigenthümer des anreizenden Thieres (gemäß §. 803.); im entgegengesetzten Falle haften die letzteren Personen allein.

2. Für einen Zufall: s. §. 811. In diesem Falle hat der Beschädigte den Schaden an sich selbst zu tragen. Auch wenn z. B. die Thiere zweier Eigenthümer einander beschädigen, ohne daß einem der Letztern eine Fahrlässigkeit oder einem Dritten eine Anreizung

zur Last fällt, so wird dies als Zufall angesehen und findet keine Forderung auf Schadensersatz statt.

d. durch Einsturz eines Gebäudes.

§. 809. Der Eigenthümer eines Gebäudes ist für den Schaden verantwortlich, den dasselbe durch seinen Einsturz einem Andern verursacht, wenn der Einsturz wegen eines Fehlers der Bauart, oder wegen Vernachlässigung der Unterhaltung erfolgt ist.

„Bluntschli" bemerkt hierüber zu derselbeu Bestimmung in §. 1885. des Zürch. G. B.: „Die neuere Rechtsbildung ist hierin im Interesse der allgemeinen Sicherheit strenger als das römische Recht, welches hier nur mittelbar durch die cautio de damno infecto und mehr für die Zukunft als für die Vergangenheit Hülfe gewährte. Wir sind auch hier geneigt, eine relative Verschuldung des Eigenthümers des Gebäudes anzunehmen und ihn für den geschehenen Einsturz verantwortlich zu machen; er mag sich dann hinwieder an den Baumeister halten, wenn diesem eine Schuld zur Last fällt."

e. durch Herabfallen, Werfen oder Gießen aus einer Wohnung.

§. 810. Wird Jemand durch das Herabfallen einer Sache, die auf eine unerlaubte oder nachlässige Weise aufgestellt oder aufgehängt worden, oder durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädigt, so haftet derjenige für den Schaden, aus dessen Wohnung die Sache herabgefallen, geworfen oder gegossen worden; er hat jedoch das Rückgriffsrecht auf den Urheber des Schadens.

1. Wem durch Hinauswerfen oder Ausgießen aus einem Gebäude auf die Straße oder einen zugänglichen Platz eine Beschädigung zugefügt wird, der kann, wenn ihm der Thäter nicht bekannt ist, von dem Bewohner des betreffenden Wohngemaches Entschädigung fordern. Mehrere Bewohner desselben Wohngemaches haften zusammen für das Ganze; hat einer derselben die Entschädigung geleistet, so hat er gegen die Anderen das verhältnißmäßige Rückgriffsrecht. Dem oder den Bewohnern, welche die Entschädigung haben auf sich nehmen müssen, steht jederzeit der Rückgriff auf den eigentlichen „Urheber des Schadens", d. h. den Thäter oder denjenigen zu, der durch seine Nachlässigkeit die Katastrophe verursacht hat. Die gleichen Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn Sachen aus einer Wohnung zwar nicht „geworfen" oder „gegossen" werden, aber herabfallen und Schaden anrichten, weil sie nicht genugsam befestiget waren, wie z. B. zwischen den Fenstern stehende Blumentöpfe.

2. Ueber die Rechtmäßigkeit dieser dem römischen Rechte entnommenen Principien ist schon oft gestritten worden, denn man kann behaupten, sei der Thäter bekannt, so komme §. 799. zur Anwendung, und kenne man ihn nicht, so sei es ungerecht, unschuldige Dritte (als Bewohner des Wohngemaches überhaupt) statt seiner haften zu lassen. Hiegegen ist aber mit vollem Rechte zu erwidern, die vom römischen Edict herrührende Klage habe einen guten Grund in der allgemeinen Verkehrssicherheit auf gangbaren Straßen und Plätzen, in Verbindung mit der Schwierigkeit des Beschädigten, den Thäter zu entdecken, während es dem Besitzer des betreffenden Wohn-

gemaches weit leichter sei, den Schuldigen herauszufinden und bei demselben Regreß zu suchen.

3. Setzt der entstandene Schaden gar keine Fahrlässigkeit des Hausbewohners oder seiner Leute voraus, z. B. wenn bei einem Erdbeben Kamine einstürzen und im Falle einen Vorübergehenden treffen, so kommt §. 810. nicht zur Anwendung, sondern es ist dies dann als reiner Zufall im Sinne des §. 811. anzusehen.

IV. Zufall.

§. 811. **Der Schaden, den ein Zufall veranlaßt, muß von demjenigen getragen werden, an dessen Person oder Vermögen sich derselbe ereignet, es sei denn, daß der Zufall durch das Verschulden eines Andern herbeigeführt worden, in welchem Falle dieser dafür verantwortlich ist.**

1. Zufall: Dieser entsteht immer nur durch äußere Ereignisse, deren Veranlassung dem Verschulden keines Menschen zugeschrieben werden kann. Stets ist Jemand von aller Verantwortlichkeit frei, wenn er sich bei der in Frage stehenden Gelegenheit ganz so benommen hat, wie ein „ordentlicher Hausvater" (s. §. 628.), d. h. wie ein in jeder Beziehung ordentlicher, umsichtiger und gewissenhafter Mensch sich in solchen Fällen zu benehmen pflegt. Denn mehr wird Einem niemals zugemuthet, und ein Schaden, der trotzdem erfolgt, gilt, selbst wenn er möglicherweise noch durch ganz außerordentliche, exorbitante Anstrengungen oder Vorkehren hätte abgewendet werden können, dennoch für einen rein zufälligen und somit auch unverschuldeten. Zuweilen wird übrigens, bei Beurtheilung der Verantwortlichkeit und Schuld einer bestimmten Person, weniger auf jenes allgemeine Vorbild eines „ordentlichen Hausvaters", als vielmehr zunächst auf die ganze individuelle Art dieser in Frage stehenden Person selbst, wie letztere sich regelmäßig in ihren eigenen Angelegenheiten zu benehmen pflegt, Rücksicht genommen und derselben ihr Benehmen sodann Anderen gegenüber nur als schuldvolle Widerrechtlichkeit zur Last gelegt, wenn sie in jener fremden Angelegenheit nachlässiger gewesen ist, als sie in ihrer eigenen zu sein pflegt. Siehe übrigens auch die Erl. 1. zu §. 799.

2. Durch das Verschulden eines Andern: Vrgl. die Erl. 1. zu den §§. 804, 805, 806, 808 und 809., und 3. zu §. 810.

V. Ausübung des eigenen Rechtes.

§. 812. **Wer von seinem Rechte innerhalb der gesetzlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten.**

1. Wer nur sein eigenes Recht ausübt, oder wer zwar in ein fremdes Rechtsgebiet eingreift, aber das blos in erlaubter Vertheidigung seines Rechts, z. B. aus Nothwehr thut, wird nicht zum Ersatze verpflichtet, obwohl diese Ausübung einem Andern zum Schaden gereicht. Z. B. A hat das Wegrecht über die Matte des B und vertritt diesem sein Gras. Es kann diese Ausübung sogar unsittlich sein (wenn nur nicht ungesetzlich) und doch nicht zur Ersatzklage berechtigen: z. B. A übt sein Baurecht in einer Weise aus, die dem Nachbar B sehr lästig und schädlich ist; er verbaut ihm z. B. alle Aussicht und thut das weniger aus wirklichem Bedürfniß, als aus Schadenfreude. Oder ein Konkurrent in einem Fabrikations-

geschäft verkauft seine Waaren so wohlfeil, daß neben ihm ein anderer Fabrikant nicht mehr bestehen kann, und er thut das nur in der Absicht, diesen zu ruiniren und sich von der Konkurrenz zu befreien.

2. Indessen darf man es auch nicht zu leicht mit der Gestattung solcher Plage und Schädigung nehmen, und es darf als ein Fortschritt der humanen Rechtsbildung betrachtet werden, wenn es derselben gelingt, einen, wesentlich in der Absicht, den Andern zu schädigen und zu kränken, unternommenen Gebrauch des eigenen Rechts zu behindern, ohne die Freiheit des Rechts zu verletzen. Immerhin muß auch schon nach unseren Gesetzen der Berechtigte die Grenzen seines Rechtes einhalten und darf nicht durch fahrlässige Ausübung desselben einem Andern Schaden zufügen. Z. B. A gräbt auf seinem Boden einen Kanal, aber verursacht durch die Ausführung des Baues, daß die Wiese des B mit Sand und Kies überschwemmt wird; hier haftet A dem B für Ersatz, wenn ihm ein fahrlässiges Benehmen zur Last fällt. Siehe übrigens auch unsere Vorschriften betreffend die „Einschränkungen des Eigenthums" (Sachenrecht, II. Hauptstück, 2. Abschnitt, §§. 479 — 496.) sammt den dortigen Erläuterungen.

Drittes Hauptstück.

Von der Umänderung und von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erster Abschnitt

Von der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

I. Begriff und Eintheilung.

§. 813. Rechte und Verbindlichkeiten können durch die Uebereinkunft der Betheiligten sowohl in Betreff ihres Grundes und ihres Gegenstandes, als bezüglich der Personen des Schuldners und des Gläubigers umgeändert werden. Eine Umänderung des Grundes ist vorhanden, wenn eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten, eine Umänderung der Personen, wenn ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner an die Stelle des bisherigen tritt.

1. Durch Uebereinkunft: Eine einmal fest abgeschlossene Obligation kann nur durch Zusammenwirken des Gläubigers und des Schuldners, nicht aber einseitig von einem derselben allein abgeändert werden. Der bloße Uebergang des Rechtes oder der Verbindlichkeit auf je die betreffenden Erben macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, da dieselben vollkommen an die Stelle ihres Rechtsvorgängers — des Erblassers — treten.

2. Ihres Grundes und Gegenstandes: Hieher gehören vorzüglich die Umänderungen, welche durch den „Neuerungsvertrag" (§. 814.) und den „Vergleich" (§. 817.) entstehen. Doch kann auch hier möglicher aber nicht nothwendiger Weise ein Wechsel der Person des Gläubigers oder Schuldners stattfinden; s. die betreffenden Erl. zu §§. 814 — 818.

3. Umänderung der Personen: Zu den daherigen Fällen gehören hauptsächlich die Rechtsgeschäfte der „Abtretung" (§. 819.) und der „Anweisung" (§. 827.) Siehe im Uebrigen das Nähere in den Erl. zu §§. 819 — 832.

II. Neuerungsvertrag.

§. 814. Die Umänderung einer Verbindlichkeit bezüglich ihres Grundes oder ihres Gegenstandes bildet das Wesen des Neuerungsvertrages.

1. Der „Neuerungsvertrag", auch „Novation" genannt, wodurch zugleich eine bestehende Obligation aufgehoben und an deren Stelle eine neue vereinbart wird, so daß das eine durch das andere bedingt ist. Diese Neuerung geschieht durch einfachen Vertrag derjenigen Personen, unter welchen das neue Rechtsverhältniß bestehen soll, unter Mitwirkung oder Zustimmung desjenigen, welcher über die bisherige Forderung als Gläubiger oder dessen Bevollmächtigter zu verfügen berechtiget ist, wozu die Befugniß allein, anstatt des Gläubigers die Zahlung in Empfang zu nehmen, nicht genügt. Erforderlich aber ist die deutlich, wenn auch nicht gerade ausdrücklich erklärte Absicht, einen Neuerungsvertrag vorzunehmen, also die bisherige Obligation aufzuheben und eine andere an deren Stelle zu setzen, jedoch nicht etwa blos eine neue neben der alten zu begründen.

2. Der Neuerungsvertrag, sowie auch die dadurch entstehende neue Obligation kann unter denselben Personen, wie bisher, eingegangen werden, so daß die Neuerung nur die Umänderung des Grundes oder Gegenstandes der alten Verbindlichkeit betrifft. Aber es kann auch ein anderer Gläubiger oder ein anderer Schuldner an die Stelle des bisherigen treten, das erste freilich nicht ohne Zustimmung des zur Novation Berechtigten, das letzte auch ohne Mitwirkung, ja selbst ohne Wissen des alten Schuldners dadurch allein, daß ein Anderer dem Gläubiger sich in jener Absicht verpflichtet. Erklärt der bisherige Schuldner oder Gläubiger seinen Willen dahin, daß ein Anderer statt seiner sich verpflichte, beziehungsweise daß einem Andern statt seiner versprochen werde, so liegt hierin eine eigentliche Uebertragung des Rechtes oder der Verbindlichkeit, welche Uebertragung den Anlaß zu der durch den neuen Verpflichtungsvertrag zu vollziehenden Novation enthält, und diese kann denn als zwiefache Uebertragung auch dergestalt stattfinden, daß der Schuldner mit dem Willen seines Gläubigers einen Andern (der zugleich Schuldner des Erstern sein mag, aber nicht sein muß) beauftragt, sich einem Dritten gegenüber verbindlich zu machen, der wieder Gläubiger des Letztern sein kann, so daß durch Erfüllung jenes Auftrages zugleich zwei oder drei bisher bestandene Obligationen aufgehoben werden. Diese Fälle unterscheiden sich aber von der eigentlichen Abtretung (§. 819.)

und Anweisung (§. 827.) dadurch, daß bei den beiden letztgenannten Rechtsgeschäften die alte Verbindlichkeit dieselbe bleibt und nur die Personen des Gläubigers oder Schuldners, oder beider zugleich wechseln; beim eigentlichen Neuerungsvertrage zu gleicher Zeit auch eine Umänderung im Wesen der alten Verbindlichkeit — sei es ihres Grundes oder Gegenstandes — stattfinden muß; ist Letzteres nicht der Fall, so ist in der Umänderung eben kein „Neuerungsvertrag", sondern nur eine Cession oder eine Anweisung enthalten.

3. Immer muß wenigstens der alte Gläubiger bei der Neuerung mitwirken, weil er durch dieselbe sein altes Recht verliert. Die Umwandlung beruht auf dem neuen, die alte Schuld zerstörenden Vertrag. Einer besonderen Form bedarf es aber dabei in der Regel nicht, außer wenn 1) die alte Schuld an eine Urkunde geknüpft war, indem die Novation jedenfalls nicht stärker wirken kann als die Zahlung, und 2) wenn die neue Schuld ihrer Natur nach eine besondere Form erfordert, z. B. wenn eine Darleihensschuld in eine Wechselschuld umgewandelt wird.

§. 815. Durch den Neuerungsvertrag wird die alte Verbindlichkeit aufgehoben und eine neue an ihre Stelle gesetzt.

Die Neuerung hebt alle Nebenbestimmungen der alten Verbindlichkeit auf.

1. Aufgehoben und ꝛc., Wenn daher aus den Umständen sich auf die Absicht der Contrahenten schließen läßt, neben der alten Schuld eine neue zu begründen oder nur die alte ohne Begründung einer neuen aufzuheben, so liegt kein „Neuerungsvertrag" vor; s. auch die Erl. 1. zu §. 814.

2. Alle Nebenbestimmungen: wie z. B. der alten beigesetzten „Bedingungen" (§§. 642 und 643.), Zeit- oder Ortsbestimmungen (§§. 644 — 646.), Zinsversprechen, über Art und Weise der Erfüllung des Vertrages, u. s. w. Alle diese früheren Nebenbestimmungen gehen durch den Neuerungsvertrag und mit dem Augenblick der Entstehung der neuen Verbindlichkeit unter. Weder der Gläubiger noch der Schuldner können sich daher in Zukunft auf dieselben zurückberufen, und wollen sie gleiche oder ähnliche Nebenbestimmungen auch für die neuentstandene Obligation begründen, so müssen sie dies ausdrücklich beim Abschlusse des Neuerungsvertrages festsetzen.

§. 816. Das Beifügen von Nebenbestimmungen, wie z. B. ein Zinsversprechen, eine Abänderung des Verfalltages oder der Erfüllungsart, ist nicht als Neuerung anzusehen. Solche Nebenbestimmungen können jedoch die Verbindlichkeit der Personen nicht vermehren, welche zu der Begründung derselben nicht mitgewirkt haben.

1. Beifügen von Nebenbestimmungen, wie ꝛc.: Hieher gehören z. B. auch die in Erl. 2. zu §. 815. angeführten. Der §. 815. setzt fest, daß für den Fall, daß ein eigentlicher Neuerungsvertrag stattfinde, somit eine neue Obligation statt der alten entstehe, solche der alten Verbindlichkeit beigesetzte Nebenbestimmungen dadurch völlig aufgehoben werden. In diesem §. 816. aber stellt der Gesetzgeber

die Vorschrift auf, daß ein bloßes Hinzufügen (Verabreden) von derartigen Nebenbestimmungen zur alten Verbindlichkeit diese deshalb allein nicht zu einer neuen zu machen vermögen, und daß daher in solchen Fällen gar kein eigentlicher „Neuerungsvertrag" entstanden sei. Es kann ein Schuldverhältniß mancherlei Aenderungen erfahren durch verabredete Zusätze und Nebenbestimmungen und doch wesentlich das alte bleiben; dann ist von keiner Novation die Rede.

2. Nicht vermehren: Sogar dem Erben, der doch im Uebrigen völlig in alle Verbindlichkeiten und Rechte des Erblassers eintritt, kann nicht gegen seinen Willen eine derartige Nebenbestimmung aufgedrungen werden, wovon die mit dem Rechtsvorgänger des Erben abgeschlossene Obligation noch nichts enthält. Das gleiche Verhältniß findet statt im Falle der „Cession", d. h. der Abtretung der Forderung von Seite des Gläubigers an einen Andern, sowie im Falle der „Anweisung", wenn bei Lebzeiten des Schuldners dessen Verbindlichkeit auf einen neuen Debitor übergeht; denn dort darf weder der neue Gläubiger die Verbindlichkeit des alten Schuldners, noch hier der alte Gläubiger die des neuen Schulders durch einseitiges Beifügen solcher Nebenbestimmungen vermehren.

III. Vergleich.

§. 817. **Der Vertrag, durch welchen streitige oder zweifelhafte Rechte in der Weise bestimmt werden, daß die Vertragschließenden sich etwas zu geben, zu thun oder zu unterlassen verpflichten, heißt Vergleich.**

1. Der „Vergleich" ist ein Vertrag, welcher eine Ungewißheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseits von dem wirklichen oder vermeintlichen Rechte etwas nachgegeben wird. Die Ungewißheit kann bestehen in der wirklichen oder zu befürchtenden Streitigkeit eines Rechtsanspruches, oder darin, daß der Umfang desselben von ungewissen Umständen abhängt. Ohne solche Ungewißheit besteht kein Vergleich; daher ist auch ungültig ein solcher Vergleich, welcher über ein durch unstreitiges rechtskräftiges Urtheil entschiedenes Rechtsverhältniß abgeschlossen wird. Der Vergleich kann von sehr verschiedenartigem Inhalte sein. Es können vergleichshalber überhaupt alle möglichen Vermögensänderungen vorgenommen werden. Er kann gänzliche oder theilweise Anerkennung oder Aufgebung eines Rechtsanspruches enthalten, und auf der einen oder anderen Seite die Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen begründen oder außer Streit setzen. Insofern das letztere der Fall ist, erzeugt er eine Klage auf Erfüllung; insofern er aber die Verzichtleistung auf eine Forderung oder einen Theil derselben enthält, bewirkt er gänzliche oder theilweise Befreiung des Schuldners von dessen bisheriger Verbindlichkeit, gleich als ob darüber durch Urtheil entschieden wäre. Es hängt theils von der Absicht der Vergleichenden, die aus dem Gesammtinhalte des Vergleiches zu entnehmen ist, ab, ob sich die Wirkung blos auf das erste beschränke, oder eine vollständige Aufhebung der Verbindlichkeit mit sich bringe, so daß dieselbe auch für allfällige Mitgläubiger und Mitschuldner getilgt werde. Der Vergleich kann wegen Betrugs und wegen Unrichtigkeit dessen, was bei Abschließung desselben als gewiß

vorausgesetzt worden, angefochten werden, nicht aber auch wegen nachheriger Beseitigung der ihn veranlassenden Ungewißheit.

2. Kreisschreiben des h. Obergerichts an die Bezirksgerichte, vom 26. Februar 1863.: „Wie wir in Erfahrung gebracht haben, ereignet es sich hie und da, daß Parteien im gegenseitigen Einverständniß vor den Friedensrichter treten, um da einen Vergleich zu errichten, ohne daß eine Betreibung vorangegangen, ohne daß überhaupt über den Rechtsanspruch, den die eine Partei an der anderen geltend macht, unter denselben nach irgend einer Richtung ein Zwiespalt oder Streit bestände. Das Motiv einer derartigen Uebereinkunft liegt in Beziehung auf Forderungsansprüche gewöhnlich in dem Bestreben, auf kürzestem Wege in den Besitz eines exekutionsfähigen Aktes zu gelangen, und den Gläubigern, welche zur Geltendmachung ihrer Forderungen den ordentlichen Betreibungsweg eingeschlagen, in der Vollstreckungsinstanz den Rang abzulaufen. Dem Akte über eine in dieser Weise getroffene Uebereinkunft mangelt nun aber die Eigenschaft einer vollstreckungsfähigen Urkunde, weil der Machenschaft das Wesen eines friedensrichterlichen Vergleiches abgeht. Nach §§. 45 — 47. des friedensrichterlichen Organisationsgesetzes besteht nämlich die Natur und Wesenheit eines solchen Vergleiches in der gütlichen Beilegung und Ausgleichung ungewisser streitiger Rechtsverhältnisse. Ueberhaupt ist der Vergleich ein Vertrag, wodurch streitige oder zweifelhafte Rechte in der Weise bestimmt werden (folgt die Citation des §. 817. des A. B. G.) Die im Eingang erwähnte Uebereinkunft erzeigt sich aber nicht als eine solche, wodurch wirkliche Differenzen, bestrittene oder zweifelhafte Rechtsansprüche unter den Parteien ausgeglichen und gütlich geregelt werden; sie ist demzufolge kein Vergleich im Sinne des §. 48. des friedensrichterlichen Organisationsgesetzes, und trägt somit auch nicht den Charakter einer vollstreckungsfähigen Urkunde an sich. Die Friedensrichter werden demnach darauf aufmerksam gemacht," u. s. w.

3. Auszug aus dem Befunde eines obergerichtlichen Urtheils: „Aus dem erwähnten, vor dem Friedensrichter des Kreises A. unterm ... abgeschlossenen Vergleich ergebe sich, daß (u. s. w.) Allein nach der eigenthümlichen Bedeutung der Worte jenes Vergleiches in ihrem ganzen Zusammenhange können weder aus diesen und anderen Stellen, noch aus dem Vergleich, als Ganzes betrachtet, die Bedingungen und Vorbehalte, welche von A. geltend gemacht werden wollten, gefolgert werden; vielmehr liege im Sinne und in den Worten des fraglichen Vergleiches eine Anerkennung der eingeklagten Schuld von Seite des Beklagten, sowie die Verpflichtung, die abgetretenen Ausstände wieder zurückzunehmen und die betreffende Summe in Jahresfrist zu bezahlen ohne Einschränkung, offenbar ausgesprochen. Würden auch die Vertragschließenden dabei noch mündlich ergänzende oder erläuternde Bestimmungen etwa getroffen haben, so könnten dieselben neben einem förmlichen in Schrift verfaßten Vergleich niemals in Betracht gezogen werden. Ob nun aber auch der auf unerwiesenen Voraussetzungen und unrichtigen Folgerungen beruhende Einwendungsschluß als unstatthaft erscheine, so müßten dagegen den Beklagten diejenigen Rechte, welche er aus der am Schlusse des von ihm angerufenen

Vergleiches enthaltenen Verpflichtung des N herleiten möge, allerdings vorbehalten bleiben. (O. Urth. v. J. 1835.)

§. 818. Bürgen und Pfänder, welche zur Sicherheit des ganzen noch streitigen Rechtes gegeben worden sind, haften auch für den Theil, der durch den Vergleich bestimmt worden ist. Doch bleiben dem Bürgen und einem dritten Pfandgeber, welche dem Vergleiche nicht beigestimmt haben, alle Einwendungen gegen den Gläubiger vorbehalten, welche ohne den Vergleich der Forderung hätten entgegengesetzt werden können.

1. Auch für den Theil: Z. B. für eine Forderung im Betrage von 6000 Fr. des Gläubigers A auf dem Schuldner B hat C Bürgschaft geleistet; zudem B dafür ein Grundstück verpfändet. Nachher gerathen A und B in Streit, schließen aber sodann einen Vergleich ab, in Folge dessen die Forderung auf 4000 Fr. herabgesetzt wird. Trotz dieses abgeschlossenen Vergleiches bleiben sowohl der Bürge C als das Unterpfand des B für die Forderung des A verhaftet, nur nicht mehr im Betrage von 6000 Fr., sondern jetzt nur noch um 4000 Fr.

2. Alle Einwendungen vorbehalten, welche u. s. w.: Nehmen wir obiges Beispiel wieder zur Grundlage an mit dem Unterschiede, daß auch D (als „dritter Pfandgeber") für die Schuld des B zu Gunsten der Forderung des A ein Grundstück verpfändet, sowie daß umgekehrt die ursprüngliche streitige Forderung 4000 Fr. betragen hat und dieselbe nun durch den Vergleich zu Gunsten des A auf 6000 Fr. erhöht wird. Können nun C und D nachweisen, daß sie selbst sich wirklich nur für den Betrag von 4000 Fr. verbürgt, beziehungsweise ihr Grundstück zum Pfand eingesetzt haben, so steht ihnen das Recht zu, zu verlangen, daß auch trotz des abgeschlossenen Vergleiches der Bürge und das Pfand nur für den Betrag von 4000 Fr., und nicht von 6000 Fr., haften sollen.

IV. Abtretung.

1. Begriff.

§. 819. Ueberläßt der Gläubiger seine Forderung einem Andern zum Eigenthum und nimmt sie dieser an, so findet eine Abtretung statt.

1. Eine Forderung kann mit der Gesammtheit des Vermögens des Gläubigers entweder durch den gesetzlichen Erbanfall, oder durch Testament, oder endlich durch Erbvertrag nach dessen Tode auf seine Erben übergehen; diese Rechtsverhältnisse werden aber im vierten Theile des Bürgerlichen Gesetzbuches „Von dem Erbrechte" näher behandelt; ebenso die Uebertragung des ganzen Vermögens noch bei Lebzeiten des Gläubigers durch den sogenannten „Verpfründungsvertrag" (§. 966.) Hier haben wir blos mit dem Rechtsverhältniß der Uebertragung von einzelnen Forderungen durch den Gläubiger bei dessen Lebzeiten an einen Andern zu thun. In der Regel ist nämlich der Gläubiger berechtigt, auch ohne Zustimmung des Schuldners seine Forderung, sei es mit oder ohne Entgeld, einem Andern zu überlassen; willigt sodann dieser Andere ein, die fragliche Forderung als neuer Gläubiger zu übernehmen, so entsteht ein „Abtretungsvertrag", auch „Cession" genannt. Das heutige Rechtsbewußtsein betrachtet die Forderungen ihrem objektiven Werthe nach als Bestand-

theile des Aktivvermögens und daher ähnlich, wie das Eigenthum an Sachen, als Objekt des Verkehres. Die Römer haben im Gegentheil mehr an das persönliche Band gedacht, das den Gläubiger mit dem Schuldner verbinde, und daher die Uebertragung der Forderungen im Prinzip verworfen; sie sind dann nur auf Umwegen und nur unvollständig zu dem Ziele gelangt, das wir einfacher direkt erreichen. Der Gläubiger kann nach unserer Denkweise über seine Forderung frei verfügen und dieselbe beliebig an einen Dritten abtreten, der nun selbstständiger Gläubiger und nicht etwa bloßer Stellvertreter des ursprünglichen Gläubigers wird.

2. Und nimmt sie dieser an: Geschieht dies nicht, so hat eine „Abtretung" rechtlich gar nicht stattgefunden. Eine bestimmte Form der Abtretung ist in der Regel nicht erforderlich; sie beruht auf der Willenserklärung des Uebertragenden (hier oft Cedent genannt) und der Annahme derselben von Seite des neuen Gläubigers, in diesem Falle als (Cessionar bezeichnet.) Bezügliche Beweisurkunden jedoch darf der Cessionar aushin verlangen; und ist die Existenz einer Forderung, nicht blos der Beweis derselben, an eine bestimmte Urkunde geknüpft, wie z. B. bei den Papieren auf den Inhaber, oder bei den Wechseln und kaufmännischen Anweisungen, oder bei Schuldbriefen u. s. w., so kann die Uebertragung der Forderung naturgemäß nicht ohne die Besitzesübergabe der Urkunde vollzogen werden. Endlich betreffend die Uebernahme einer Forderung, für welche ein Grundstück haftet: s. §. 826.

2. Rechte und Pflichten des Schuldners.

§. 820. Der Schuldner kann von dem Zeitpunkte an, da ihm die Abtretung rechtlich bekannt gemacht wird, an den frühern Gläubiger keine gültige Bezahlung leisten, jedoch hat er das Recht, die gleichen Einwendungen gegen den Uebernehmer anzubringen, welche er gegen den Abtreter hätte geltend machen können.

Dieses Recht hört auf, wenn der Schuldner gegen den Uebernehmer die Richtigkeit der Forderung ohne Vorbehalt anerkannt hat.

1. Rechtlich bekannt gemacht: Es geschieht dies auf gleiche Weise, wie die Anlegung eines Rechtsbotes, nach §§. 2 — 4. des Betreibungsgesetzes.

2. Keine gültige Bezahlung: Der Schuldner kann auch nach geschehener Abtretung so lange noch den Abtreter als Gläubiger betrachten und gültig denselben bezahlen, bis er von der geschehenen Cession rechtlich Kenntniß erhalten hat. Es geht ihn bis dahin nichts an, ob der frühere Gläubiger durch Annahme der Zahlung sich gegen seinen Rechtsnachfolger verfehle oder nicht; er wird in diesem Falle dennoch von seiner Schuld frei und kann sich gegen den neuen Uebernehmer der Forderung, der ihn auf Zahlung belangt, durch seine Quittung vertheidigen. Ist aber dem Schuldner die Cession rechtlich bekannt gemacht worden, so kann derselbe nicht mehr gültig an den Abtreter zahlen, noch von diesem belangt werden, noch durch Vertrag mit demselben die nunmehrige Forderung des Uebernehmers beeinträchtigen.

3. Die gleichen Einwendungen: Die Verpflichtung des Schuldners darf durch die Abtretung der Forderung nicht erschwert werden. Der Schuldner kann daher gegen den neuen Gläubiger auch alle diejenigen Einwendungen geltend machen, welche ihm gegen den Abtreter zustehen, vorausgesetzt, daß dieselben nicht später als die Kundgebung der geschehenen Cession entstanden sind. Wenn z. B. der Verkäufer A seine Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises von Fr. 320., die ihm gegen B zusteht, an C abtritt, so kann B eine Einrede aus Nachwährschaft wegen Mängel an der verkauften Sache auch gegen C in derselben Weise geltend machen, wie er sie gegen A hätte geltend machen können. Ebenso kann B, wenn ihm etwa A vor der Anzeige der Cession Fr. 140. aus einem anderen Rechtsgeschäft schuldig geworden ist, auch die Einrede der Abrechnung (§. 845.) entgegensetzen, selbst wenn diese Gegenforderung des B an A erst entstanden wäre, als A seine Forderung schon an C abgetreten hatte, nicht aber wenn diese Gegenforderung erst nach der rechtlichen Bekanntmachung der Abtretung an B entstanden ist. Ueberdies kann der Schulder dem neuen Gläubiger (Cessionar) nunmehr auch alle diejenigen Einreden oder Gegenforderungen entgegensetzen, welche sich auf Rechtsverhältnisse gründen, die zwischen ihm und dem Cessionar bestehen. Denn Letzterer ist nun der wahre Gläubiger des Schuldners, und muß sich daher auch alle Einreden und Gegenforderungen gefallen lassen, die der Schuldner nicht erst nach der ihm bekannt gemachten Abtretung, sondern schon früher gegen seine eigene Person erworben hatte; wenn sie nur gegenwärtig noch bestehen. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §§. 1036 und 1037.

§. 821. Wer eine Schuldforderung ohne Entgeld abtritt, haftet nicht weiter für dieselbe. Kommt aber die Abtretung auf eine entgeldliche Art zu Stande, so haftet der Uebertrager dem Uebernehmer für die Rechtsbeständigkeit der Forderung; für die Einbringlichkeit derselben jedoch nur dann, wenn sie besonders bedungen ist. 3. Währschaft des Abtreters.

1. Hat der Abtreter vom Uebernehmer für die cedirte Forderung einen Gegenwerth erhalten, so wird im Zweifel die Verpflichtung des Erstern, Währschaft zu leisten, nach der Natur des Rechtsgeschäftes bestimmt, welches der Cession zu Grunde liegt, und nach der Art der übertragenen Forderung. Wenn daher A seine Forderung an B verkauft hat, so haftet er als Verkäufer; hat er dieselbe an Zahlungsstatt für eine Schuld, die ihm gegen B oblag, gegeben, so haftet er aus diesem Geschäft. Ferner bestimmt die Art der übertragenen Forderung die Existenz der abgetretenen Forderung selbst näher. Die Währschaft wird daher einen anderen Charakter annehmen, wenn eine Geldforderung aus Darleihen, und wenn eine Forderung aus Kaufs- oder Gesellschaftsverträgen herrührt. Siehe auch im Allgemeinen über die Währschaftspflicht: die §§. 662 — 667. Anders verhält es sich, wenn der Abreter dem Uebernehmer die Forderung geschenkt hat; da haftet er im Zweifel, wenn er dabei im guten Glauben war, nicht einmal für die „Rechtsbeständigkeit" der Forderung (s. Erl. 2.), geschweige denn für deren „Einbringlichkeit" (s. Erl. 3.)

2. Rechtsbeständigkeit: d. h. für die Aechtheit und Klagbarkeit der Forderung. Also dafür, daß die Forderung nicht eine bloß fingirte, noch daß sie bereits durch Zahlung getilgt, noch daß sie durch gültige Einreden ganz oder theilweise zerstört oder zerstörbar sei.

3. Einbringlichkeit: s. hierüber den folgenden §. 822., Erl. 3.

4. Bedungen ist: nämlich durch den Abtretungsvertrag als solchen.

§. 822. Hat der Abtreter Währschaft versprochen, so haftet er sowohl für die Rechtsbeständigkeit, als für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung.

1. Währschaft versprochen, d. h. durch Vertrag mit dem Uebernehmer. Z. B. A erklärt, indem er dem B eine Forderung veräußert: „unter meiner Garantie" oder „unter dreijähriger Währschaft". Obwohl auch das Wort „Garantie" sprachlich nichts Anderes bedeutet, als das nahe verwandte Wort „Währschaft", so bedeutet es doch in diesem Zusammenhange nicht nur die regelmäßige Gewähr für die Rechtsbeständigkeit, sondern auch die erhöhte für die Einbringlichkeit der Forderung. (S. hierüber auch „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1039., Erl. 2.) Der Abtreter haftet indessen auch dann für die Einbringlichkeit der Forderung, wenn er die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gekannt und dem Uebernehmer verheimlicht hat, und zwar nach dem in §. 800. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze.

2. Rechtsbeständigkeit: s. die Erl. 2. zu §. 821.

3. Einbringlichkeit der Forderung, d. h. daß dieselbe mit Erfolg zu realisiren sei. War die Forderung durch Pfandrechte gesichert, so haftet der Abtreter in diesem Falle auch für die Existenz der Pfandrechte, nicht aber dafür, daß sie zureichend seien, die Forderung zu decken. Ebenso verhält es sich, wenn die Forderung verbürgt ist, hinsichtlich der Bürgen.

§. 823. Der Abtreter haftet für die Kosten der Betreibung und eines allfälligen Rechtsstreites; bezüglich der Forderung jedoch nie für mehr, als er von dem Uebernehmer erhalten hat.

1. Haftet: Mag er die Forderung mit oder ohne Währschaftsversprechen abgetreten haben; eine Ausnahme hievon macht auch hier nach §. 821. nur der Fall, wenn er die Schuldforderung ohne Entgeld cedirt hat.

2. Rechtsstreites: der daraus entsteht, daß der Schuldner die Forderung ganz oder theilweise bestreitet.

3. Nie für mehr, als u. s. w.: Hat z. B. der Gläubiger A seine 6000 Fr. betragende Forderung auf den Schuldner B an den C abgetreten, und ihm C (z. B. weil die Forderung lange nicht realisirbar war) nur 4000 Fr. als Gegenwerth bezahlt, so hat A dem C nur für 4000 Fr. Währschaft zu leisten, gesetzt auch, er würde in Folge besonderen Währschaftsversprechens selbst für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung haften.

§. 824. Der Uebernehmer kann den Abtreter erst dann

belangen, wenn von dem Schuldner und seinen allfälligen Bürgen nichts erhältlich ist.

1. Es versteht sich, daß, wenn die abgetretene Forderung auch pfandrechtlich versichert war, gleichfalls auch zuerst noch der Erlös aus den Pfändern in Rechnung gebracht werden muß.

2. Nichts erhältlich ist: d. h. es muß zuerst der Geldstag sowohl über den Schuldner als den Bürgen durchgeführt und aus den beidseitigen Konkursmassen die Forderung nicht gedeckt worden sein; wurde die Forderung dadurch nur theilweise realisirt, so steht dem Uebernehmer das Recht zu, den Abtreter für den nicht erhältlichen Theil der Forderung zu belangen. Vrgl. die Erl. 1 und 5. zu §. 777.

§. 825. Leistet Jemand für einen Andern Zahlung und tritt dadurch an die Stelle des Gläubigers, so ist ihm dieser keine Gewährleistung schuldig.

Ein solches Verhältniß findet z. B. statt, wenn ein Verwandter aus Pietätsrücksichten für den Schuldner, oder wenn nach §. 791. der Bürge den Gläubiger bezahlt und dadurch in dessen Rechte eintritt; auch im letzteren Falle ist der frühere Gläubiger dem gewesenen Bürgen und nunmehrigen neuen Gläubiger keine Währschaft schuldig, da es immerhin im freien Willen des Bürgen stand, diesen Schritt zu thun oder nicht, auf der anderen Seite aber der frühere Gläubiger in diesem Falle gesetzlich verpflichtet war, dem zahlenden Bürgen die betreffende Forderung zu cediren.

4. Eintragung in's Grundpfandbuch.

§. 826. Der Uebernehmer einer Forderung, für welche ein Grundpfand haftet, hat dafür zu sorgen, daß die Abtretung in das öffentliche Buch eingetragen werde.

1. In das öffentliche Buch: s. die §§. 574, 576 und 577.

2. Unterläßt dies der Uebernehmer, so verliert er zwar nicht seine Forderung von Rechtswegen, wohl aber das darauf haftende Grundpfandrecht.

v. Anweisung.

1. Begriff und Haft des Anweisers.

§. 827. Weist ein Schuldner seinen Gläubiger an einen Dritten, um sich von diesem für seine Forderung bezahlen zu lassen, so heißt dieses eine Anweisung.

Der Anweiser wird von seiner Verpflichtung nicht befreit, bis der Dritte den Gläubiger bezahlt hat.

1. Durch die „Anweisung", auch „Assignation" genannt, wird dem Angewiesenen (Assignat) von einem Schuldner (Assignant) eines Gläubigers (des Assignatars) der Auftrag gegeben, an den Letzteren (den Gläubiger) eine Summe Geldes auszuzahlen, und zugleich dieser ermächtigt, die Zahlung in Empfang zu nehmen. Oft ist der Angewiesene auch zugleich Gläubiger der Anweisers; jedoch muß dies zu diesem Rechtsgeschäfte nicht nothwendig der Fall sein. Die Anweisung ist die Verbindung zweier Aufträge: a. des Anweisers A an den Angewiesenen C, eine Summe Geldes an den Gläubiger des Ersteren, den B, zu zahlen; und b., des A an den B, die Summe von C zu beziehen. — Dergleichen Rechtsgeschäfte kommen auch außerhalb des kaufmännischen Verkehrs vor; z. B. A hat ein Guthaben von Fr. 2000.

bei C, und ermächtigt durch eine Anweisung an C den B, Fr. 250. bei C zu beziehen. Die einfache Anweisung bedarf keiner besondern Form.

2. In manchen Fällen ist die Pflicht zur Anweisung eine nothwendige und durch das Gesetz vorgeschriebene, nämlich bei Liegenschaftsveräußerungen durch sogenannte „Ueberbünde": a. im Falle der Betreibung für Schuldforderungen (§§. 519 und 521.); b. der angemeldeten Forderungen beim Verkauf des größeren Theils der Liegenschaften und Vermögensabtretungen an Kinder (§§. 520 und 521.); c. der Wegfertigung des größeren Theils der Liegenschaften auf Begehren des Bürgen (§. 794.); d. bei freiwilligen Handänderungen (§§. 582 und 588.); e. bei Zwangsverkäufen (§. 593.); f. außerdem sind in folgenden gesetzlichen Vorschriften, betreffend das Grundpfandrecht, spezielle Bestimmungen über die dabei vorkommenden Anweisungen enthalten: in §§. 582, 583, 585, 586, 588 und 593. Siehe die betreffenden Gesetzesstellen sammt den bezüglichen Erläuterungen.

3. Ueber die wechselrechtlichen Anweisungen: s. die Wechselordnung vom 12. Februar 1857 (Ges.-Samml. IV. S. 536.)

4. Nicht befreit, bis u. s. w.: Die Hingabe und Angabe der Anweisung von dem Anweiser an den Angewiesenen ist auch unter der Voraussetzung, daß der Erstere Schuldner des Letzteren sei, nicht als Zahlung aufzufassen und es wird in der Regel der Anweiser dadurch nicht von seiner Schuld befreit. Durch die Anweisung wird dem Gläubiger des Anweisers erst die Aussicht verschafft, daß er die Zahlung vom Angewiesenen erhalten werde, nicht aber jetzt schon wirkliche Zahlung geleistet; er kann daher, sofern diese Aussicht erfüllt wird, sich immer noch an den Anweiser halten und von diesem Zahlung fordern. Nur ist in der Zwischenzeit, bis die Nichtbezahlung der Anweisung gewiß ist, die Klage des Gläubigers auf Erfüllung gegen den Anweiser gehemmt, sofern der Erstere die Anweisung angenommen hat. Ausnahmsweise ist jedoch die Anweisung der Zahlung gleich zu stellen, dann nämlich, wenn der Anweiser A und sein Gläubiger B ausdrücklich darüber einig geworden sind, daß die Anweisung an Zahlungsstatt dienen solle; A will dann seine Forderung auf C an B übertragen und dadurch seine Schuld an B tilgen, und B nimmt diese Abtretung als Zahlung an. In diesem Falle hat die Anweisung in dem Verhältniß von A und B eine doppelte Wirkung: für's erste zerstört sie die bisherige Schuld des A, und für's zweite hat sie den Charakter einer „Abtretung" der Forderung im Sinne des §. 819.

2. Verpflichtung des angewiesenen Schuldners.

§. 828. Ist der Dritte ein Schuldner des Anweisers, so ist er pflichtig, die Anweisung bis auf den Betrag seiner Schuldigkeit anzuerkennen. Thut er dieses nicht, so haftet er für den Schaden.

1. Bis auf den Betrag: Z. B. A ist Schuldner des B im Betrage von 600 Fr., und C wieder Schuldner des A für 400 Fr. A giebt nun seinem Gläubiger B eine Anweisung auf C, um sich von diesem bezahlt zu machen. Zwar ist nun C nicht verpflichtet,

die Anweisung im vollen Betrage von 600 Fr., wohl aber in dem seiner eigenen Schuld an A von 400 Fr., anzuerkennen.

2. Für den Schaden: nämlich dem Anweiser gegenüber. Dieser muß zunächst dem Gläubiger für den Schaden einstehen, den Letzterer allfällig durch die Nichtannahme des Angewiesenen erlitten hat (wie z. B. erlaufene Betreibungskosten u. s. w., bezahlen); der Anweiser kann dann aber in einem solchen Falle wieder Regreß dafür auf seinen eigenen Schuldner (den Angewiesenen) nehmen.

§. 829. **Hat der Dritte die Anweisung anerkannt, so kann er die Bezahlung nicht verweigern und der Aussteller die Anweisung nicht widerrufen.**

1. Der Dritte: nämlich der Angewiesene (Assignat). Durch die Annahmserklärung wird er gegenüber dem Gläubiger des Anweisers (dem Assignatar) verpflichtet, nach Maßgabe der Anweisung Zahlung zu leisten, auch wenn er zuvor nicht Schuldner des Anweisers (des Assignanten) gewesen ist. Von da an kann er dem Assignatar keine aus seinem Verhältniß zum Anweiser hergenommenen Einreden entgegensetzen, wenn sie sich nicht auf die Anweisung selbst stützen. In welcher Form die Annahme geschehe, ist nicht erheblich; sie kann auf der Anweisung selbst vorgemerkt, oder in einem besonderen Billet erklärt, oder auch mündlich ausgesprochen werden; nur hat im letzteren Falle der Gläubiger kein Beweismittel darüber zur Hand.

2. Der Aussteller: d. h. der Anweiser. Dieser ist nun auch an die daherige Uebertragung seiner allfälligen Forderung auf den Angewiesenen an seinen eigenen Gläubiger gebunden, und war der Angewiesene nicht der Schuldner des Anweisers, so entsteht dadurch ein neues Schuldverhältniß zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen. Auf der andern Seite tritt nun der Angewiesene gegenüber dem Gläubiger des Anweisers in ein Schuldverhältniß ein. Dieser hat nun ein Recht erworben, daß der Angewiesene seine Zusage halte und wirklich Zahlung leiste. Der Angewiesene C schuldet nun die bestimmte Summe dem Gläubiger des Anweisers, nämlich dem B, als seinem eigenen Gläubiger, und der Letztere braucht sich nicht mehr um die besonderen Verhältnisse zwischen A und C zu bekümmern. Z. B. C schuldet aus Kauf Fr. 400. an A und nimmt die Anweisung des A zu Gunsten des B auf die gleiche Summe an; nachher entdeckt er, daß die Waare Mängel habe und hält sich zu einem Abzug an dem Kaufspreis für berechtiget; das geht den B nichts an; dieser kann ohne Weiteres von C am Verfalltag 400 Fr. fordern. Anders wäre es, wenn A die Anweisung an C so ertheilte: „Ich ersuche Sie, die Kaufsumme von Fr. 400., welche Sie mir schulden, an B zu bezahlen"; da wüßte B aus der Anweisung, daß er nur eine Forderung aus Kauf einzuziehen habe, und könnte daher die Einrede der Minderung des Kaufpreises nicht ablehnen, am wenigsten dann, wenn C bei der Annahme den Vorbehalt gemacht hat, „insofern bei der Prüfung der Waare sich ergebe, daß er die Summe schulde". Oder nach der Annahme des C geräth A in Geldstag und C hat keine Deckung von A empfangen; dessenungeachtet muß

er an B zahlen. Kommt B in Verlust dadurch, daß von C nichts und nicht die ganze Anweisungssumme erhältlich ist, so kann er sich nach Satz 2. des §. 827. immer noch für den ganzen Betrag seiner ursprünglichen Forderung auf den Anweiser A an den Letzteren halten. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1198.

3. Nichtannahme der Anweisung.

§. 830. Will der angewiesene Gläubiger den Auftrag nicht annehmen, der ihm durch die Anweisung ertheilt wird (§. 827.), oder will derjenige, auf welchen die Anweisung gestellt ist, dieselbe nicht anerkennen, so muß die Anweisung von dem Erstern ohne Verzug demjenigen wieder zugestellt werden, der sie ihm übergeben hat; widrigenfalls er für die nachtheiligen Folgen haftet.

1. Den Auftrag: nämlich die Anweisungssumme durch den Angewiesenen (Assignat) zu beziehen; s. die Erl. 1. zu §. 827.

2. Der sie ihm übergeben hat: nämlich dem Anweiser oder dessen Stellvertreter. Es steht dem Gläubiger des Anweisers stets frei, die Anweisung anzunehmen oder zurückzuweisen; im letzteren Fall muß er sie aber ohne Verzug wieder zurückstellen, und darf sie weder zerstören noch unbenutzt liegen lassen, ohne für den Schaden, der daraus dem Anweiser erwächst, verantwortlich zu werden. Der Anweiser A darf voraussetzen, daß sein Gläubiger B, wenn er die Anweisung nicht zurückstellt, dieselbe angenommen habe. Er unterläßt deshalb im Vertrauen auf B andere Schritte gegen C. Gesetzt z. B., C wird später insolvent, war aber zur Zeit des Verfalltages der Anweisung noch vollkommen zahlungsfähig; wenn nun B, der von der Anweisung Gebrauch gemacht und sie dem A nicht ohne Verzug wieder zugestellt hat, nachträglich seine Schuld bei A einziehen will, so steht Letzterem die Einrede zu, daß ihn B durch seine Fahrlässigkeit zu Schaden gebracht habe.

3. Nachtheiligen Folgen: nämlich des daraus erwachsenden Schadens; s. das Beispiel in Erl. 2.

4. Auszug aus einem obergerichtlichen Urtheil: „Von dem um Bezahlung einer ihm überbundenen Forderung belangten Beklagten wird angebracht: Allerdings seien ihm als Käufer vom Verkäufer G die zur Ueberbindung angemeldeten Fr. 418. 52. überbunden worden; allein G habe sich bei der Ueberbindung seine Rechte gegen diese Forderung des klägerischen Rechtsvorfahrs verwahrt. Der Ueberbund habe nur die Bedeutung einer eventuellen Anweisung und Sicherstellung, nämlich auf den Fall erhalten, daß der Ansprecher seine Forderung wirklich als eine begründete darzustellen vermöchte. Es werde nun bestritten, daß G dem W 418 Fr. 52 Rp. schuldig gewesen sei. Die Summe, für welche dem W eventuelle Anweisung auf dem Kaufe gegeben worden, falle somit dem Verkäufer G zu, sofern die klägerische Forderung vom Richter als unbegründet verworfen werde. G sei deshalb auch dem Beklagten als Streitgenosse mit der Erklärung beigetreten, daß er ihm für alle Folgen verantwortlich bleiben wolle. Das h. Obergericht befand: Nehme man an, daß die Forderung des W an G nach dem Verlangen des N ohne irgend welchen Einwurf von Seiten des Verkäufers G bei dem Liegen-

schaftsverkauf an S überbunden worden wäre, so läge in dieser Zulassung der Fertigung mit Ueberbindung der Forderung des W noch keine ausdrückliche Schuldanerkennung; allein es müßte darin wohl eine stillschweigende Schuldanerkennung gefunden werden. Denn je mehr Schulden ein Verkäufer dem Käufer auf den verkauften Liegenschaften überbinden lasse, desto kleiner werde die Kaufsrestanzforderung des Verkäufers, und da vorausgesetzt werden müsse, daß Jeder sein Vermögen gegen Angriffe Dritter zu schützen suche, so könne nicht angenommen werden, daß sich ein Verkäufer ohne Widerrede die Forderung eines Dritten auf der verkauften Liegenschaft überbinden lasse, wenn er sie nicht wirklich als Schuld anerkenne. Die Wirksamkeit einer Handlung als stillschweigender Willenserklärung werde aber entkräftet durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, daß jene Handlung nicht mit diesem Willen verbunden sei. Eine solche Gegenerklärung — möge man diese nun Protestation, Reservation oder Rechtsverwahrung nennen — liege im fraglichen Falle vor, indem der Verkäufer G den Ueberbund der Forderung des W nur unter Verwahrung seiner Rechte zugegeben habe. Es dürfe also aus seiner Zulassung des Ueberbundes nicht mehr gefolgert werden, daß er die Schuld anerkannt habe. Vielmehr müsse aus dieser Rechtsverwahrung gefolgert werden, daß er den Ueberbund der Forderung blos darum zugegeben habe, damit die Fertigung keinen Aufschub erleide. Durch diese Rechtsverwahrung sei also dem Ueberbund die Bedingung angehängt worden, daß W die Rechtsbeständigkeit seiner Forderung nachzuweisen vermöchte. Habe nun W oder sein Rechtsnachfolger den Ueberbund als Forderungstitel geltend machen wollen, so sei es ihm allererst obgelegen, die Rechtsbeständigkeit der Forderung darzuthun. Statt aber dies zu thun, habe er seine Klage einzig auf den Ueberbund gestützt und gegründet, der keine Wirksamkeit habe, bis die ihm angehängte Bedingung in Erfüllung gegangen sei. Auch die Nebenintervention des G werde mit Ungrund angefochten. G habe vom Ausgang dieses Prozesses, wie es §. 34. der P. O. verlange, Nachtheil, und zwar sogar unmittelbaren zu besorgen. Da er nämlich die Forderung des W nicht anerkenne, so sei für einmal anzunehmen, daß die Kaufrestanz zu seinen Gunsten um die Forderung des W höher sei; würde nun aber der bedingte Ueberbund ein unbedingter werden, so würde seine Kaufrestanz um diesen Betrag vermindert. Bei dieser Sachlage sei auf die weitere eventuelle Vertheidigung des Beklagten nicht mehr einzutreten, sondern der Kläger mit seiner Forderung als einer unbegründeten abzuweisen und zum Ersatz der Kosten an den Beklagten zu verfällen." (O. Urth. vom 16. Oktober 1854.)

5. Einer Fahrhabepfändung setzte der Schuldner im Wege der Beschwerde die Einrede entgegen, daß er die betriebene Schuld bei einem Liegenschaftsverkauf einem Dritten überbunden habe. Es wurde befunden: Nach §. 830. des A. B. G. könne kein Gläubiger gezwungen werden, sich eine Anweisung gefallen zu lassen, und es werde durch die Bestimmung des §. 519. des A. B. G. jene Vorschrift nicht aufgehoben. (R. R. 1864 S. 89.)

4. Wirkung der Nichtbezahlung.

§. 831. Hat der angewiesene Gläubiger den in der Anweisung enthaltenen Auftrag angenommen und der Dritte die Anweisung anerkannt, so hat der Erstere, wenn am Verfalltage die Zahlung nicht erfolgt, das Recht, entweder die Anweisung zurückzubieten, oder den angewiesenen Schuldner zur Zahlung zu verhalten.

Wird er nicht bezahlt, so steht ihm das Rückgriffsrecht auf den Anweiser zu.

Der dritte Angewiesene haftet dem neuen Gläubiger seit der Annahme als selbstständiger neuer Schuldner. Zahlt Ersterer jedoch nicht am Verfalltag, so ist der Letztere nicht verpflichtet, ihn vorerst auszutreiben, ehe er vom Anweiser nach §. 827. lemma 2. Zahlung verlangen kann; sondern es steht alsdann dem angewiesenen Gläubiger völlig frei, die Anweisung zurückzubieten und sich direkt an den Anweiser zu halten; oder aber die Betreibung des angewiesenen Schuldner durchzuführen, und erst dann, wenn er von diesem keine Befriedigung erlangt, das Rückgriffsrecht auf den Anweiser zu nehmen, d. h. diesen um soviel zu belangen, als vom Angewiesenen nicht erhältlich war.

VI. Haftungspflicht des Abtreters oder Anweisers.

§. 832. Für abgetretene oder angewiesene Forderungen haftet der Abtreter oder Anweiser noch drei Jahre vom Tage der Abtretung oder Anweisung [illegible]n, wenn die Forderung bereits verfallen, und wenn sie nicht verfallen, drei Jahre über die Verfallzeit hinaus.

Sowohl im Falle der Abtretung als der Anweisung muß jedoch der Uebernehmer der Forderung resp. der angewiesene Gläubiger seine Annahme erklärt und bei der Anweisung insbesondere noch sich nicht gegen die Vorschrift des §. 830. verfehlt haben. Sind drei Jahre über die Verfallzeit der abgetretenen oder angewiesenen Forderung hinaus verflossen, so kann sich der Gläubiger nur noch an den neuen Schuldner halten und steht ihm alsdann kein Rückgriffsrecht mehr auf den Abtreter oder Anweiser zu, gesetzt auch, der Schuldner sollte nunmehr zahlungsunfähig geworden sein.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

I. Zahlung.
1. Begriff und Folgen.

§. 833. Die Verbindlichkeit wird durch die Zahlung aufgelöst.

Zahlung bezeichnet in allgemeiner Bedeutung die Leistung dessen, was ein Verpflichteter schuldet; in engerer Bedeutung die Entrichtung einer Geldsumme.

1. „Zahlung" heißt die in der Absicht, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, geschehene Leistung des Gegenstandes der Verpflichtung — bestehe diese nun in Geld, oder in der Uebertragung einer Sache oder eines Rechts, oder endlich in der Ausführung einer Arbeit — an

den zum Empfang fähigen Gläubiger oder dessen befugten Stellvertreter, oder an denjenigen, welchem zu zahlen der Schuldner durch den Gläubiger ermächtigt worden ist. Durch die Zahlung erreicht die Forderung ihr Ende und damit hat auch die Schuld zu existiren aufgehört. Der Gläubiger hat über den Schuldner nur insofern eine Macht, als er denselben zu der Leistung der übernommenen Verbindlichkeit anhalten kann; ist diese Leistung geschehen, so ist das Band gelöst, durch welches bis dahin der Schuldner gebunden war.

2. Auch wenn ein Anderer als der Schuldner selbst die Zahlung für ihn in der Absicht leistet, die Schuld zu tilgen, wirkt dieselbe auflösend; es gilt das sogar dann, wenn ein Dritter gegen den Willen des Schuldners für denselben zahlt, denn immerhin ist der Gläubiger nun befriedigt und die Schuld getilgt.

3. Auszug aus einem obergerichtlichen Urtheil: „Entnommen: Die Abnahme des Geldes sei vom Gläubiger aus dem Grunde verweigert worden, weil ihm die einzelnen Geldstücke nicht so, wie das Gesetz über Kapitalzahlungen sie werthe, sondern nach der Geltung im täglichen Verkehr angeboten, noch eine Bescheinigung beigebracht worden, daß der ursprüngliche Schuldner bei Empfang des Darlehens nach dem nämlichen Maßstab, nach welchem die Zahlung bewerkstelligt werden wolle, solches angenommen habe. Hierauf sei gerichtliche Deposition des Betrages, Betreibung der Schuldner und Rechtsdarschlag erfolgt. Befunden: Der Kläger setze den beklagtischen Behauptungen einzig die Erklärung entgegen, daß er bis zur Leistung des Beweises, daß das Kapital in einem höheren als dem gesetzlichen Geldwerthe angeliehen worden sei, die Zahlung nur nach der gesetzlichen Werthung der Geldsorten annehmen werde. Es sei somit anzunehmen, daß die Forderung des Klägers, wie dieser sie rechtlich stellen zu können vermeine, von dem Zahlungsangebot der Beklagten einzig darin verschieden sei, daß Jener die Geldsorten nur nach der für Kapitalzahlungen aufgestellten gesetzlichen Würdigung annehmen wolle, während Letztere die für den gewöhnlichen Verkehr gesetzlich bestimmte Würdigung der Geldsorten — nämlich den Brabanterthaler zu 40 Batzen — in Anspruch nehmen möchten. Zufolge der Aussage des O, welche der Kläger als genügend annehmen zu wollen sich schon vorläufig erklärt habe und die auch an und für sich als genügend betrachtet werden müsse, da O das Kapital seiner Zeit selbst angeliehen, sei nun als erwiesen anzusehen, daß das Anleihen in Brabanterthalern zu Fr. 4. und zum Theil in kleineren Geldmünzen gemacht worden sei; demnach sei auch die durch den §. 2. des Gesetzes vom 3. März 1832 aufgestellte Bedingung vorhanden, unter welcher das Kapital vom Gläubiger bei der Rückzahlung wieder in gleichen Geldsorten und nach der gleichen Würdigung angenommen werden müsse. Es beruhe nämlich die Behauptung des Klägers, daß jene Verpflichtung des Gläubigers nur dann eintrete, wenn der Beweis, daß das Kapital in Geldsorten zu einer höheren Werthung dargeliehen worden, der Zahlung vorangehe oder wenigstens mit Anbietung derselben geleistet werde, auf einer unrichtigen Auslegung der betreffenden Gesetzesstelle. Denn das erwähnte Gesetz setze in

§. 1. die für den gewöhnlichen Verkehr geltende Würdigung der Geldsorten als Regel fest, und bezeichne in §. 2. lit. a und b. die Fälle, für welche ausnahmsweise eine andere Werthbestimmung eintrete, nämlich vorerst die vertragsmäßige und, wenn keine solche vorhanden, die frühere gesetzliche Würdigung der Geldsorten. Der letzte Satz dieses §. nehme nun wieder von der Anwendung der früheren gesetzlichen Würdigung die Fälle aus, in welchen der Schuldner den Beweis leiste, daß bei der Kapitalanlage eine höhere Würdigung der Geldsorten zu Grunde gelegt worden sei, und huldige hiedurch dem auch durch das gemeine Recht anerkannten billigen Grundsatze, daß bei Rückzahlung eines Darlehens nur der innere, den Schwankungen des Geldpreises nicht unterworfene Werth des Empfangenen dem Gläubiger zurückgegeben werden solle. Diese Gesetzesbestimmung wäre aber für den Schuldner nur eine Täuschung, wenn man die Wirksamkeit derselben von dem zugleich bei Abzahlung des Kapitals zu leistenden Beweise abhängig machen wollte; denn offenbar müßte hier, wo nichts anderes bestimmt sei, der geforderte Beweis im gewöhnlichen gesetzlichen Sinne verstanden werden, indem sonst die Anerkennung seiner Gültigkeit, wenn er nicht vor dem Richter geführt und als solcher im Rechten festgestellt werden könnte, blos von der Willkühr des Gläubigers abhängen würde. Zudem wäre der Selbstzeugenbeweis sowohl als der Beweis durch gewöhnliche Zeugen kaum anwendbar. Da nun das Gesetz jene Bestimmung zu Gunsten des Schuldners und nicht des Gläubigers aufgestellt habe, so könne es auch nicht im Sinne desselben liegen, den Schuldner in der Benutzung der gewöhnlichen gesetzlichen Mittel zur Herstellung des geforderten Beweises zu beschränken und ihn in dieser Hinsicht dem Belieben des Gläubigers an der Stelle des Staatsschutzes bloszustellen, woraus folge, daß die dem Schuldner durch §. 2. lit. b. cit. gesicherte Schutzbehauptung gleich jeder anderen eben nur im Rechtswege mit voller Wirksamkeit bewiesen werden könne. Aus Allem diesem gehe sohin zur Genüge hervor, daß dem Kläger unterm ... die Rückzahlung seines Kapitals nebst Folgen ganz in der Weise anerboten worden, wie derselbe sie unter Umständen anzusprechen berechtigt sei. Bei der Weigerung des Klägers, diese Zahlung anzunehmen, sei also die gerichtliche Hinterlegung des demselben schuldigen Betrages von Seite des Beklagten ganz an der Stelle gewesen und sie folglich gleichzeitig von ihrer Verbindlichkeit befreit worden, so daß nun die klägerische Forderung in ihrem ganzen Umfange wirklich als getilgt, eine weitere Rechtsverfolgung gegen die Beklagten aber als überflüssig und widerrechtlich sich erzeige." (O. Urth. v. J. 1837.)

2. Hinterlegung.

§. 834. Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt ist, demselben nicht bezahlt werden, oder weigert sich der Berechtigte, die Zahlung anzunehmen, so kann der Verpflichtete die schuldige Sache gerichtlich hinterlegen.

Eignet sich dieselbe nicht zur gerichtlichen Hinterlegung, so kann der Verpflichtete verlangen, daß der Richter Jemanden bezeichne, der die Sache in Verwahrung zu nehmen hat.

Diese Hinterlegung ist dem Gläubiger mit der Aufforderung bekannt zu machen, daß er die hinter Recht gelegte Zahlung gegen Empfangschein unverzüglich behändige.

1. Weigert sich der Berechtigte: s. einen solchen Fall in Erl. 3. zu §. 833.

2. Gerichtlich zu hinterlegen: nämlich durchschnittlich beim Gerichte des Bezirkes, worin der Verpflichtete wohnt, da der Gläubiger die Klage anheben muß, wenn er sich dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt, bei solchen Schuldverhältnissen aber ordentlicherweise der Wohnsitz des Beklagten auch den Gerichtsstand begründet. (§. 8. der P. O.)

3. Eignet sich derselbe nicht: Z. B. die schuldige Sache ist ein Grundstück, oder ein Thier u. s. w.

4. Unverzüglich behändige: Glaubt der Gläubiger dennoch zur Ausschlagung der Zahlung berechtigt zu sein — z. B. er beruft sich auf deren Unvollständigkeit, oder behauptet die Vereinbarung einer längeren Schuldbauer, — so steht es an ihm, die entsprechende Klage anzuheben.

5. In einem seiner Jahresberichte bemerkt das h. Obergericht: „Das Bezirksgericht von L. hält, unseres Erachtens nicht ohne Grund die Vorschriften des A. B. G. über gerichtliche Deposition für mangelhaft und ungenügend. Der häufig eintretende Fall, daß mehrere bekannte Gläubiger auf die Schuldsumme einander widerstreitende Ansprüche machen, in welchem Falle der Debitor zur gerichtlichen Hinterlegung des Schuldbetrages genöthigt werde, finde sich in §. 834. des A. B. G. gar nicht vorgesehen. Sodann lasse das Gesetz die praktisch wichtige Frage, ob der Gerichtspräsident die deponirte Sache ohne Einwilligung des Gläubigers und ohne sich diesem gegenüber verantwortlich zu machen, dem Schuldner auf dessen Verlangen zurückgeben dürfe, ungelöst und unbeantwortet. Nach §. 834. lemma 3. solle der Gerichtspräsident in allen Fällen den Gläubiger unter Anzeige der geschehenen Hinterlegung auffordern, die deponirte Zahlung unverzüglich zu behändigen, während in der Regel gerade darüber Streit und Zweifel walte, ob die Deposition eine vollständige und für den Gläubiger wirksame, der Letztere daher auch verpflichtet sei, den hinterlegten Betrag als Bezahlung anzunehmen, oder nicht. Da die Beurtheilung dieser Frage dem Gerichtspräsidenten nicht zustehe, so sei klar, daß in der vorgeschriebenen Aufforderung zur Empfangnahme des Depositums eine voreilige Zumuthung gegenüber dem Gläubiger liege; nehme der Letztere den hinterlegten Betrag ohne Vorbehalt in Empfang, so setze er sich der Folgerung aus, daß er hiedurch die erfolgte Deposition als vollständige Zahlung thatsächlich anerkannt habe; übrigens dürfte ein Rechtsvorbehalt, welchen der Gläubiger in der dem Gerichtspräsidenten ausgestellten Quittung gemacht, für den weiter belangten Schuldner kaum verbindlich sein. (O. R. 1863 S. 14.)

§. 835. Die rechtliche Hinterlegung der schuldigen Sache entbindet den Schuldner von der Verpflichtung; die Gefahr

der Sache geht auf den Berechtigten über, und die Zinse hören zu laufen auf, wenn die Forderung zinstragend ist.

1. Zinse: Auch die gesetzlichen Verzugszinse im Sinne des §. 653.

2. Diese Bestimmungen gelten indessen nur unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger nicht nachträglich seine Berechtigung zur Nichtannahme gerichtlich erweisen und geltend machen könne.

3. Empfangschein; Herausgabe der Schuldurkunde.

§. 836. Der Schuldner ist berechtigt, von dem Gläubiger einen Empfangschein, und wenn die Zahlung vollständig geleistet ist, die Herausgabe der Schuldurkunde zu verlangen, insofern diese dem Gläubiger nicht zum Beweise eines andern Rechtes dient.

1. Der Empfangschein sichert dem Schuldner den Beweis der ganz oder theilweise geleisteten Zahlung und daher der vollzogenen Befreiung von der Schuld. Da dem Schuldner der Beweis der von ihm behaupteten Zahlung obliegt, so ist er nur insofern verpflichtet, die Zahlung zu leisten, als er dagegen jenes zureichende Beweismittel erhält. Die Beweiskraft der Quittung ist von Anfang an wirksam, sobald dieselbe dem Schuldner zugestellt worden.

2. Zum Beweise eines andern Rechtes: z. B. die Schuld ist unter mehrere Verpflichtete als „Gesammtschuldner“ (§. 636.) vertheilt; zahlt hier der Einzelne das Ganze, so hat ihm der Gläubiger die Urkunde, zum Behufe der Geltendmachung seiner nunmehrigen Rechte gegenüber den Andern im Sinne des §. 640., herauszugeben, nicht aber dem, der nur seinen Antheil bezahlt. Ferner genügt die Bezahlung des Schuldkapitals allein nicht zur Herausforderung der Urkunde, wenn der Gläubiger daneben auch noch Zinse oder Kosten (von Betreibungen, Prozessen u. s. w.) zu fordern hat. Ebenso ist Letzterer zum Behalten der Schuldurkunde berechtigt, wenn sie ihm noch zum Beweise eines andern Rechtes gegenüber dritten Personen dient; z. B. auf der gleichen Urkunde haben sich durch ihre Unterschriften B zur Zahlung von 600 Fr., C (unabhängig von B und nicht als Mitschuldner desselben) zu einer solchen von 400 Fr. und D zur Leistung einer Arbeit gegenüber dem Gläubiger A verpflichtet; B braucht nun die Schuldschrift nicht herauszugeben, bis alle drei Leistungen getilgt sind. Jeder von jenen drei Schuldnern kann aber für das von ihm Geleistete einen Empfangschein verlangen.

4. Vermuthete Zahlung.

§. 837. Hat der Schuldner keinen Empfangschein, besitzt er aber die Schuldurkunde, so begründet dieses die Vermuthung, daß die Schuld bezahlt sei.

Bestreitet der Gläubiger in einem solchen Falle den Empfang der Zahlung, so hat er den Beweis des Nichtempfanges (z. B. auf Grund der aus Irrthum geschehenen Herausgabe oder eines Diebstahls), nicht aber der Schuldner den Beweis der Zahlung zu leisten, da solche wegen des Besitzes der Schuldurkunde von Rechtswegen als geschehen vermuthet wird, auch ohne daß er daneben noch einen Empfangschein vorweisen kann.

§. 838. Der Empfangschein für die Bezahlung des Hauptgutes begründet die Vermuthung, daß auch die Zinse und die Kosten bezahlt seien.

Empfangschein: ebenso auch die Schuldurkunde; vrgl. §. 837. und Erl. 2. zu §. 836.

§. 839. Wer sich über die Entrichtung von drei aufeinander folgenden Zinsen oder Frist- (Termins-) Zahlungen ausweist, hat die Vermuthung für sich, daß er auch die früheren Zinse oder Fristzahlungen berichtiget habe.

1. Fristzahlungen: d. h. periodische Leistungen, wie z. B. Stückzahlungen, Abzahlungen eines Kapitals in einzelnen Raten.

2. Es ist dies eine Auslegungsregel, die sich auf die erfahrungsgemäße Wahrnehmung stützt, daß der früher fällig gewordene Zins vor dem spätern und die ältere gleiche Stückzahlung vor der späteren bezahlt zu werden pflegt. Es kann zwar ausnahmsweise das Gegentheil vorkommen; aber dann hat der Gläubiger in der Ausnahme eine Veranlassung, nur mit Vorbehalt der rückständigen Leistungen zu quittiren. Ueberdies gilt diese Regel nicht absolut, sondern nur als Rechtsvermuthung; wird daher durch Beweis des Gläubigers hergestellt oder auch schon aus den Umständen klar, daß vor den drei aufeinander folgenden Leistungen noch frühere ausstehen, so wird dadurch jene Vermuthung zerstört.

§. 840. Wenn Handels- und Gewerbsleute, welche mit ihren Abnehmern zu gewissen Fristen die Rechnungen abzuschließen pflegen, für eine jüngere Rechnungsforderung einen Empfangschein ausstellen, so wird vermuthet, daß auch die älteren Rechnungen bezahlt seien.

Diese Rechtsvermuthung beruht auf der gleichen Grundlage und Erfahrung, wie die des §. 839. (s. die dortige Erl. 2.); dagegen ist sie nicht so allgemein zulässig, sondern blos anwendbar bei Handels- und Gewerbsleuten unter sich (z. B. auch bei Conto-Currenten) und gegenüber ihren Kunden; letzteres hauptsächlich, wenn zu gewissen Zeiten (z. B. jährlich, viertel- oder halbjährlich) Conti ausgestellt werden; wird dann eine solche neuere Rechnung bezahlt und ohne Vorbehalt quittirt, so kann der Handels- oder Gewerbsmann nicht mit einer älteren Rechnung hintennach kommen, ohne daß ihm der Beweis für deren Richtigkeit als einer rückständigen Forderung obläge, während sich der mit ihm in Geschäftsverbindung oder Verkehr Gestandene für seine Behauptung der stattgefundenen Zahlung einzig auf die jüngere quittirte Rechnung zu berufen braucht. Jener Beweis ist indessen auch dem Gläubiger durch Vorlegung eines ordentlich geführten Handelsbuches nicht sehr schwer zu erbringen, es müßte denn wiederum die Unrichtigkeit oder Fälschung des letzteren nachgewiesen werden können.

Zahlungsabrechnung: a. bei mehreren Schuldforderungen.

§. 841. Leistet ein Schuldner, der mehrere verfallene Posten schuldet, Zahlung, so hat der Gläubiger diejenige Schuld zu tilgen, für welche der Schuldner die Zahlung bestimmt.

Ist eine solche Bestimmung weder ausgesprochen, noch aus

den Umständen erkennbar, so ist die geleistete Zahlung zum Voraus zur Tilgung einer betriebenen Forderung zu verwenden. Ist für keine Forderung Betreibung angehoben, so hat der Gläubiger das Recht, die Zahlung auf der ihm beliebigen Forderung abzurechnen.

1. Mehrere Posten: Seien es nun Zinse oder Stückzahlungen von einer einzigen, oder die ganze oder theilweise Abtragung von mehreren Hauptforderungen. Immer steht dem Schuldner das Recht zu, die Forderung oder den Posten zu bezeichnen, welcher dadurch getilgt sein soll; thut er dies aber nicht, und ist sein Wille auch nicht aus den Umständen erkennbar, so hat der Gläubiger die geleistete Zahlung zuerst zur Tilgung einer Forderung zu verwenden, für welche der Schuldner am Rechtstrieb oder am Geldstag steht; und erst, wenn gar keine Betreibung angehoben ist, der Schuldner nichts näher bestimmt hat und seine Absicht auch nicht mit Bestimmtheit aus den vorliegenden Verhältnissen vermuthet werden kann, hat der Gläubiger das Recht, durch die geleistete Zahlung denjenigen Posten als getilgt zu behandeln, an dessen Erledigung ihm am meisten gelegen ist.

2. Einer betriebenen Forderung: Sind mehrere Forderungsposten zugleich betrieben, so steht auch hier die Abrechnung an der ihm beliebigen Forderung dem Gläubiger nur dann zu, wenn weder ausdrücklich noch indirekt auf den bestimmten Willen des Schuldners geschlossen werden kann.

b. bei verzinslichen Forderungen.

§. 842. Wird eine Abschlagszahlung an eine zinsbare Forderung geleistet, so ist der Gläubiger berechtigt, das Empfangene vorerst für Tilgung der Zinse zu verwenden.

Berechtigt, nicht aber verpflichtet. Diese Bestimmung rührt daher, weil dem Gläubiger im allfälligen Geldstage des Schuldners einer versicherten Forderung nur für drei Zinse und den laufenden gehörige Sicherheit bleibt, die übrigen Zinse dagegen nur in die sechste Klasse versetzt werden.

6. Zahlung einer Nichtschuld.

§. 843. Wenn Jemand aus Irrthum einer Thatsache etwas bezahlt (§. 833.), das er nicht schuldig ist, so kann er dasselbe zurückfordern.

1. Es ist dies die sogenannte Rückforderung aus bezahlter Nichtschuld (condictio indebiti). Der vermeintliche Schuldner wollte durch seine Zahlung nicht den Empfänger verpflichten, sondern seine eigene Schuld tilgen; er wollte ein obligatorisches Verhältniß lösen, nicht ein neues schaffen. Da aber die Hingabe aus Irrthum geschehen ist, so erfordert es die Billigkeit, daß das Versehen wieder berichtigt werde und der Empfänger zurückerstatte, was er ohne Grund empfangen hat. Dem Rückforderer liegt der Beweis der Nichtschuld ob, dem Empfänger derjenige der allfälligen Einrede des unentschuldbaren Irrthums (s. die Erl. 2.). Hiebei wird vorausgesetzt, daß in Wahrheit keine Verbindlichkeit zur Zahlung bestanden habe. Z. B. B hat ein Buch aus der Bibliothek des A aus Versehen dem C zurückgeschickt; da ist C schuldig, dasselbe dem B zurückzugeben. Ferner darf die Forderung auch keine verjährte sein, denn nach §. 856.

kann der Schuldner, welcher eine verjährte Forderung bezahlt, das Bezahlte nicht wieder zurückverlangen. Die vorzeitige Zahlung einer wirklichen Schuld kann gleichfalls nicht zurückgefordert werden, wohl aber die einer bedingten Schuld; denn wenn der Schuldner eine noch nicht fällige Schuld bezahlt, so wirkt die Zahlung in der That als Tilgung seiner Schuld, und der Gläubiger erhält nur etwas früher, was ihm mit Recht zukommt; die Bedingung aber schiebt nicht die Fälligkeit der Schuld auf, sondern macht selbst die Existenz der letzteren von einem künftigen Ereigniß abhängig; natürlich ist auch da die Rückforderung nur so lange gestattet, als die Bedingung noch ungewiß, oder wenn ihr Nichteintritt gewiß ist (vrgl. hierüber die Erl. zu §§. 642 und 643.)

2. Aus Irrthum: Ueber den Irrthum überhaupt als Grund der Unverbindlichkeit bei Eingehung von Verträgen: s. die Erl. zu §§. 622 und 623. Ist die Zahlung zwar irrthümlich geschehen, der Irrthum aber von der Art, daß er keine Entschuldigung verdient, so fällt die Rückforderung weg. Und ist die Zahlung nicht aus Irrthum, sondern mit dem Bewußtsein der Nichtverbindlichkeit geschehen, wie z. B. in der Absicht zu schenken, so findet gleichfalls keine Rückforderung statt. Regelmäßig wird nur ein thatsächlicher Irrthum berücksichtigt, der Rechtsirrthum nur, wenn aus den Umständen sich besondere Gründe für dessen Entschuldbarkeit ergeben. Z. B. B als Erbe des A weiß nicht, daß A seine Schuld an C schon bei Lebzeiten bezahlt hat und zahlt nochmals; oder D leistet in dem irrthümlichen Glauben, daß sein Bevollmächtigter E von F gewisse Sachen eingekauft habe, Zahlung des vermeintlichen Kaufpreises; da bezieht sich der thatsächliche Irrthum auf Rechtsgeschäfte, die gar nicht existiren. Ein daheriger Irrthum ist in der Regel entschuldbar und rechtfertigt deshalb die Rückforderung. Der Zahlende kann sogar die näheren Bestimmungen eines von ihm selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäftes für den Augenblick vergessen haben und z. B. einen höheren Kaufpreis zahlen, als er versprochen hat; selbst dann wird angenommen, der Irrthum sei zu entschuldigen. Ein „Rechtsirrthum" aber ist z. B. der, daß die Verjährung laufender Forderungen zwanzig (statt nur zehn) Jahre betrage, oder über die nothwendige Form bei gewissen Rechtsgeschäften u. s. w. Hier bezieht sich der Irrthum nicht auf ein thatsächliches Verhältniß, sondern auf eine allgemeine oder spezielle Rechtsvorschrift. Da aber die Kenntniß des geltenden Rechts bei Beurtheilung der Rechtshandlungen vorausgesetzt werden muß, so wirkt ein daheriger Irrthum zum Schaden des Irrenden und kann gewöhnlich nicht als unverschuldet betrachtet werden. Indessen darf man auch hierin nicht zu weit gehen; man muß sich doch errinnern, daß das Volk nicht aus Rechtsgelehrten besteht, und daß selbst unter diesen über den Sinn und die Ausdehnung mancher Rechtsregel verschiedene Meinungen sich geltend machen. Besonders in verwickelten Fällen, und wenn die Anwendbarkeit einer Rechtsvorschrift selbst zweifelhaft erscheint, kann daher auch der Rechtsirrthum des Privaten wohl Entschuldigung finden. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1221.

3. Bezahlt (§. 833.): Die Beisetzung des §. 833. durch den Gesetzgeber deutet darauf hin, daß diese Vorschrift nicht nur auf Geldzahlungen Bezug habe, sondern daß als „Zahlung" jede Art von Vermögensleistung des irrthümlichen Schuldners an den vermeintlichen Gläubiger zu betrachten sei. Diese Leistung kann in den mannigfaltigsten Formen geschehen, z. B. als Geldzahlung; als Uebergabe einer individuellen Sache zu Eigenthum oder zum bloßen Besitz (§. 437.); als Abtretung einer Forderung; als Anweisung; als Erlaß einer Schuld; in Form des Neuerungsvertrages; durch Arbeit, die einen Vermögenswerth hat u. s. w.

4. Jemand wurde durch ein Urtheil zur Bezahlung einer Summe Geldes verfällt; das Urtheil wurde rechtskräftig und der Verfällte entrichtete den fraglichen Betrag; hernach forderte er aber durch eine Klage, in der er nachzuweisen suchte, eine Nichtschuld bezahlt zu haben, das ausgelegte Betreffniß wieder zurück; die Bewilligung des neuen Rechts hatte er nicht nachgesucht. Es entstand daher die Frage, ob eine infolge rechtskräftigen Urtheils geleistete Zahlung ohne Wiederherstellung direkt mittelst der condictio indebiti wieder zurückgefordert werden könne, wenn es sich nachträglich ergebe, daß die thatsächliche Grundlage des die Zahlung dekretirenden Urtheils eine unrichtige, irrige oder falsche sei. Das h. Obergericht entschied dahin, daß diese Klage (condictio indebiti) in einem solchen Falle nicht statthaft sei, aus folgenden Gründen: „Die Pflicht zur Bezahlung des in Rede stehenden Betrages wurde durch das in Rechtskraft erwachsene Urtheil begründet. Die Dauer dieser Pflicht ist nun durch die Dauer dieses die Zahlung verfügenden Erkenntnisses bedingt; das letztere existirt aber mit allen seinen Wirkungen und Folgen so lange, bis es auf gesetzlichem Wege beseitigt oder entkräftet wird. Frägt es sich nun, welches der durch das Gesetz gebotene Weg sei, ein rechtskräftig gewordenes Urtheil anzugreifen und zu entkräften, so kann die Antwort nur dahin lauten, daß dieser Weg durch §. 361. der P. O. vorgezeichnet wird, nach welcher Gesetzesbestimmung die Wiederherstellung einzig als das diesfalls geeignete Rechtsmittel erscheint. Die Wiederherstellung ist die condictio sine qua non der Beseitigung des erwähnten Erkenntnisses und kann daher dieselbe weder durch die condictio indebiti, noch durch irgend eine andere Klage auf direktem Wege erzielt werden. Es ist allerdings statthaft, mittelst der condictio indebiti das Betreffniß, welches aus Irrthum einer Thatsache bezahlt worden, wieder zurückzufordern (§. 843. des A. B. G.) Nun geschah aber im gegebenen Falle die Bezahlung von Seite des Verurtheilten keineswegs aus Grund irgend welchen thatsächlichen Irrthums, sondern vielmehr in Folge rechtlichen Zwanges, d. h. infolge des die Zahlungsverbindlichkeit begründenden rechtskräftigen Urtheils. Abgesehen also davon, daß die Entkräftung eines in Rechtskraft erwachsenen Urtheils vor Allem die Bewilligung des neuen Rechts voraussetzt und nach Maßgabe von §. 366. der P. O. erst dann, wenn diese Bewilligung richterlich ausgesprochen, die Anhebung der neuen Klage statthaft erscheint, kann in dem erwähnten Falle die condictio indebiti auch aus dem Grunde nicht zur An-

wendung kommen, weil die Bedingungen, unter denen sie vom Gesetze als zulässig erklärt wird, nicht vorhanden sind. (O. R. 1860. S. 20.)

7. Entkräftung verlorner Schuldurkunden.

§. 844. Ist eine Schuldurkunde verloren gegangen, so kann der Schuldner, der die Schuld abbezahlt, von dem Gläubiger die gerichtliche Entkräftung, und bis zur erfolgten Kraftloserklärung Sicherheit für die geleistete Bezahlung verlangen.

1. Entkräftung: s. das daherige gerichtliche Verfahren in §§. 302 — 304. der P. O.

2. Bis zur erfolgten Kraftloserklärung u. s. w.: In der Regel dauert diese Frist nach §. 304. der P. O. selbst von der gerichtlichen Bekanntmachung an noch 30, kann aber sogar 90 Tage betragen. Binnen dieser Zeit könnte der Schuldner leicht von einem „Erwerber in gutem Glauben" der noch nicht kraftlos erklärten Urkunde für die Forderung wiederum belangt werden; daher ist er bei der Zahlung in allen solchen Fällen befugt, von dem Gläubiger im Betrage der stattgefundenen Leistung Sicherheit — sei es durch Bürgen oder Pfänder — zu verlangen. Bei bloßen Zins- oder Theil- (Termin-) Zahlungen ist indessen diese Vorscheift nicht anwendbar, da der Gläubiger nach §. 836. nur bei vollständig geleisteter Zahlung zur Herausgabe der Schuldurkunde verpflichtet ist, und auch in der Zwischenzeit gegenüber einem neuen Erwerber der verlornen Urkunde der Vorweis eines gehörigen Empfangscheines für den geleisteten Zins- oder Theilbetrag den Schuldner genugsam sicherstellen würde.

II. Abrechnung.

§. 845. Forderungen, welche gegenseitig und verfallen sind, können durch Abrechnung getilgt werden.

Gegen unterpfändlich versicherte Forderungen oder verschriebene Darleihen können nur Forderungen der gleichen Art und Form zur Abrechnung gebracht werden.

In Geldstagen findet die Abrechnung statt, ohne Rücksicht auf Entstehung, Art und Form der Forderungen.

1. Wenn der Schuldner zugleich gegen seinen Gläubiger eine Forderung gleichartigen Inhaltes hat, so ist bei beiderseitiger Fälligkeit der Forderungen eine abgekürzte gänzliche oder theilweise Zahlung durch das Abziehen der einen Leistung von der andern möglich; geschieht dieses, so nennt man das „Abrechnung" oder „Kompensation". Wenn z. B. B dem A 100 Fr. schuldet und A wird später dem B 150 schuldig, so läßt sich das Verhältniß Beider auch so ausdrücken, daß A an B 50, B an A dann aber nichts mehr schulde; die Forderung von 100 des A und seine Schuld von 100 an B heben sich wechselseitig auf.

2. Gegenseitig: d. h. die nämlichen Personen in der Forderung und Gegenforderung; es ist dies eine Hauptbedingung für die Möglichkeit der Abrechnung. Doch ist nicht nöthig, daß schon von Anfang an die nämlichen Personen gegenseitig verbunden waren. A, der B 100 schuldet, kann z. B. eine Forderung des C an den B von 100 als Erbe des C oder durch Abtretung von Letzterm erworben haben; da er aber jetzt zu gleicher Zeit Gläubiger des B

geworden und dessen Schuldner geblieben ist, so kann er mit ihm abrechnen. Dagegen kann die eigentliche Handelsgesellschaft A, B und Comp. nicht, wenn sie an D 1000 schuldet, eine Gegenforderung, welche nur einem ihrer einzelnen Gesellschafter gegen C zusteht, kompensiren, weil die „Gesellschaft" als solche wieder eine andere Persönlichkeit ist, als nur eines ihrer Mitglieder allein. Ebenso sind Vater und Sohn, auch wenn dieser noch unter der Vormundschaft Jenes steht, nicht als Eine Person anzusehen, sondern als zwei, und es findet daher auch keine Abrechnung statt.

3. Verfallen: Eine nicht fällige Gegenforderung kann von einer fälligen Forderung wenigstens jetzt noch nicht abgezogen werden, weil erstere gegenwärtig noch nicht geltend gemacht werden darf, während die letzte schon bezahlt werden soll. Wird diese aber auch noch fällig, bevor jene bezahlt worden ist, so stehen sich nun zwei fällige Forderungen gegenüber und die Abrechnung ist zulässig.

4. Unterpfändlich versicherte Forderungen — verschriebene Darleihen: Gegen erstere können nur wieder unterpfändlich versicherte Forderungen und gegen letztere nur wieder verschriebene Darleihen zur Abrechnung gebracht werden.

5. In Geldstagen können auch Gegenforderungen an den Geldstager, welche bei Ausbruch des Konkurses noch nicht fällig waren, zur Abrechnung gebracht werden. Der Konkurs macht die Forderungen an den Geldstager insofern fällig, als derselbe über die sämmtlichen Aktiven zur Befriedigung aller Gläubiger verfügt und daher Letztere nöthigt, in diesem Moment ihre Forderungen anzumelden und nach Verhältniß der Masse geltend zu machen. Ueberdem können im Geldstag Gegenforderungen, deren Erfüllung in Natura nicht zu verlangen ist, in ihrem Geldwerth angesetzt und sodann mit Geldforderungen, die zur Masse gehören, kompensirt werden; auch zu dieser Erweiterung nöthigt nämlich die in dem Geldstagsverfahren liegende Vereinigung der ganzen Schuldmasse.

6. Unser Gesetz spricht sich darüber nicht näher aus, inwieweit der eine oder andere der sich gegenüberstehenden Gläubiger resp. Schuldner die Abrechnung anzunehmen verpflichtet sei. Es gelten daher hierüber die gemeinrechtlichen Grundsätze, wie folgt: Es hängt von dem Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Rechte zu kompensiren Gebrauch oder die Gegenforderung in anderer Weise geltend machen wolle. Die Abrechnung tritt nicht schon von selbst ein durch bloßes Nebeneinanderbestehen von Forderung und Gegenforderung; sie muß vielmehr geltend gemacht werden, und zwar indem der Schuldner die ihm zustehende Gegenforderung zur Abrechnung benutzt. Daher hat dieser auch die Wahl, von mehreren Gegenforderungen die eine oder die andere zur Kompensation zu verwenden. Hat indessen der Schuldner aus Irrthum von dem Rechte der Abrechnung keinen Gebrauch gemacht und die Schuld bezahlt, so kann er, was er zu viel „als Nichtschuld" bezahlt hatte, zurückfordern. Vrgl. „Arndts" Pandecten §. 265. Soweit die Gegenforderung reicht, wird ferner angenommen, es sei die Forderung durch jene, und zwar nicht erst jetzt nach der ausdrücklich verlangten

Abrechnung, sondern schon damals getilgt worden, als Forderung und Gegenforderung zuerst als fällig einander gegenüber standen. Diese ganze oder theilweise Aufhebung der Forderung durch Abrechnung wirkt daher auch auf die mit jener verbundene Zinsforderung. Die daherige Wirkung tritt freilich nur ein, wenn von der Kompensation Gebrauch gemacht wird; dann aber ist anzunehmen, es habe von Anfang an, seitdem die Gegenforderung entstanden, die Hauptforderung soweit zu existiren aufgehört, als sie durch die hinzugetretene Gegenforderung gedeckt worden; es erlöscht daher von da an die Zinsverbindlichkeit und das für die Forderung allfällig bestellte Faustpfandrecht. Vrgl. „Seuffert" Pandecten §. 288.

7. In einem Forderungsstreite setzte der Beklagte der Klage die Einrede der Kompensation entgegen, indem er verschiedene Gegenforderungen aus den Jahren 1826 — 1843 zur Abrechnung bringen wollte. Der Kläger bekämpfte in der Replik diese Einrede mit derjenigen der Verjährung der behaupteten Gegenforderungen, und es trat deshalb die Frage in den Vordergrund: Ob eine verjährte Forderung auf dem Wege der Kompensationseinrede noch zur Geltung gebracht werden könne? Das h. Obergericht verneinte diese Frage unter folgender Begründung: Nach §. 845. des A. B. G. *könnten* Forderungen, welche gegenseitig und verfallen seien, durch *Abrechnung* getilgt werden. Nach dieser gesetzlichen Bestimmung, deren Sinn nicht zweifelhaft, werde eine Forderung nicht ipso jure, sondern nur mittelst ausdrücklicher Erhebung der Einrede der Kompensation, indem diese nach dem Gesetze zulässig sei, ope exceptionis getilgt. Sei nun aber die klägerische Forderung nicht eo ipso schon von Rechteswegen durch die Gegenforderung des Beklagten ohne Rücksicht auf die Zeit ihres Ursprunges getilgt, so frage sich nur noch, ob letztere, obgleich sie als unzweifelhaft verjährt, nicht eingeklagt werden könne, nicht mittelst der erhobenen Einrede der Kompensation noch geltend zu machen sei, gleichwie auch nach der römischrechtlichen aequitas Naturalobligationen eine Einrede, nicht aber ein Klagrecht begründen. Diese Frage müsse aber verneint werden. Nicht nur sei dieser dem Beklagten günstige Gesichtspunkt im Allgemeinen unserer Gesetzgebung fremd, sondern im §. 849. des A. B. G. werde die Exstinctivverjährung nicht als Verlust des *Klagrechts*, sondern geradezu als *Erlöschung des Rechtes selbst* durch Unterlassung seiner Ausübung aufgefaßt und definirt. Daß aber ein erloschenes Recht durch Einreden nicht geschützt oder wiederhergestellt werden könne, sei einleuchtend. (O. R. 1864. S. 59.)

II. Vereinigung.

§. 846. **Wenn sich das Recht und die demselben entsprechende Verbindlichkeit in einer Person vereinigen, so erlöschen beide.**

1. Der Tod des Gläubigers oder Schuldners bewirkt an sich nur ausnahmsweise die Erlöschung von Obligationen, indem sowohl das bezügliche Recht als die betreffende Verbindlichkeit der Regel nach auf die Erben übergehen. Nothwendig aber muß sowohl die Forderung einerseits, als die Schuld anderseits untergehen, wenn Recht und Verpflichtung *in Einer einzigen Person* sich vereinigen, d. h. durch „*Vereinigung*", auch „Confusion" genannt. Dieser Fall

tritt namentlich dann ein, wenn der Gläubiger Erbe des Schuldners wird, oder umgekehrt; auch findet diese Vereinigung oft nur zum Theil statt, wenn der Eine von Beiden nur Theilerbe des Andern ist. Wenn jedoch der Gläubiger einen seiner „Gesammtschuldner" (§. 636.) oder dieser jenen beerbt, so hört die Verbindlichkeit der übrigen Mitschuldner dadurch nicht auf; es dürfen ihnen aber auch durch jenen Umstand die ihnen nach §§. 636 — 640. zustehenden Rechte ebensowenig, als der Anspruch auf theilweisen Ersatz, den sie etwa als Gesellschafter gegen den bisherigen Mitschuldner hatten, geschmälert werden.

2. „Confusion" heißt auch die Vereinigung der Hauptschuld und der Bürgschaftsschuld in Einer Person, wodurch gewöhnlich die letztere erlischt. Wenn dagegen ein Schuldner den Mitschuldner, oder ein Gläubiger den Mitgläubiger beerbt, so tritt keine Confusion ein.

§. 847. Ist der Gegenstand der Verpflichtung eine bestimmte Einzelnsache, so wird der Schuldner durch den zufälligen Untergang der Sache von seiner Verpflichtung befreit.

Besteht der Gegenstand der Verpflichtung in einer persönlichen Leistung, so wird der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, wenn die Leistung durch Zufall unmöglich geworden.

In beiden Fällen darf sich der Schuldner nicht in Säumniß befinden.

Der Untergang des Pfandes hebt die Schuld nicht auf.

1. Bestimmte Einzelsache: Die Verbindlichkeit des Schuldners, sowie das derselben entsprechende Forderungsrecht des Gläubigers wird aufgehoben, wenn und insoweit die Erfüllung derselben durch Zufall, d. h. ohne Verschulden des Verpflichteten (s. §. 811.), unmöglich wird, es wäre denn durch besondere Festsetzung im Vertrage die Haftung selbst für den Zufall begründet worden, oder es hätte sich der Schuldner einer Säumniß (§. 650.) schuldig gemacht. Daher erlischt die Obligation auf einen individuell bestimmten Gegenstand (z. B. auf Eigenthumsübertragung eines genau bezeichneten Hauses oder Pferdes u. s. w.) durch dessen — nicht durch Verschulden des Verpflichteten herbeigeführten — Untergang. Die Leistung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes (z. B. auf irgend ein Haus oder irgend ein Pferd 2c.) dagegen bleibt immer möglich, wenn auch dem Schuldner mit oder ohne sein Verschulden einzelne Sachen dieser Gattung untergegangen sind. Eine Wahlverbindlichkeit (§. 629.) erlischt nach §§. 630 und 631. erst dann, wenn alle alternativen Leistungen unmöglich geworden sind, mag nun dem Gläubiger oder dem Schuldner die Wahl zugestanden haben. Ueber die daherige Ersatzpflicht beim Verschulden des Wahlberechtigten: s. die cit. §§. 630 und 631.

2. Persönlichen Leistung: Z. B. ein Maler hat sich zur Ausschmückung der Gallerien eines Theatergebäudes oder Casino's verpflichtet; bevor er noch an die Arbeit gehen kann, stürzt das neue Gebäude zusammen oder geht in Flammen auf. Auch in solchen

Fällen darf sich der Verpflichtete nicht in Säumniß (§. 650.) befunden haben.

3. Untergang des Pfandes: Hiedurch verliert der Gläubiger nur sein Pfandrecht, ist aber möglicherweise berechtiget, vom Schuldner statt dessen neue Pfänder zu verlangen, und überhaupt geht durch Untergang der Pfandsache nur das an dieser selbst haftende Recht, nicht aber das Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner auf Erfüllung der von diesem eingegangenen Verpflichtung, unter.

§. 848. Hat der Schuldner von dem Gläubiger einen Gegenwerth für die untergegangene Sache oder für die unmöglich gewordene Leistung empfangen, so ist er zum Rückersatz, gleich einem redlichen Besitzer, verpflichtet.

Hat die Leistung zum Theil stattgefunden, so ist die Entschädigung für den Schuldner nach dem Maßstabe des Vortheils, welchen die Leistung dem Gläubiger gewährt, und der Mühe und Kosten, welche der Schuldner aufgewendet, zu ersetzen.

1. Einen Gegenwerth: Z. B. der Vollmachtgeber hat seinem Bevollmächtigten schon das Geld gegeben, wofür Letzterer die nun untergegangene Sache für Erstern hätte erwerben sollen. Oder der Arbeiter, der sich zur Ausführung einer bestimmten Arbeit an der sodann untergegangenen Sache verpflichtet hat, ist vom Besteller zum Voraus bezahlt worden. Oder endlich: es hat ein Tausch stattgefunden, bei welchem der eine Vertragschließende seine zu vertauschende Sache schon dem Andern übergeben hatte, dieser muß aber seine eigene Sache für den Andern erst weiter herholen oder transportiren lassen und letztere geht nun während des Transportes zu Grunde.

2. Redlichen Besitzer: s. die §§. 438 — 445. In den beiden erstgenannten Fällen der Erl. 1. hat er dem Andern das empfangene Geld, im letztangeführten Falle die von ihm schon übergebene Tauschsache zurückzuerstatten und kann von ihm nur Ersatz der allfällig auf die Sache oder Leistung schon gemachten nothwendigen oder nützlichen Verwendungen, resp. der für die Erfüllung seiner Verpflichtung schon gehabten Auslagen, im Sinne des §. 443. des A. B. G. fordern.

3. Zum Theil: Je vollständiger die Leistung des Schuldners schon stattgefunden hat, ehe die Unmöglichkeit der gänzlichen Vollendung derselben eintrat, und je mehr Mühe und Kosten der Verpflichtete schon dazu aufgewendet hat, desto größer wird natürlich ihm gegenüber die Entschädigungspflicht des Gläubigers und umgekehrt. Es kommt eben hier in jedem einzelnen Falle auf die besonderen Verhältnisse an, weshalb der Gesetzgeber nicht auf das Spezielle eintreten, sondern nur im Allgemeinen den zu befolgenden Grundsatz aufstellen kann.

Viertes Hauptstück.

Von der Verjährung.

1. Begriff und Arten.

§. 849. Die Erwerbungsart einer Sache durch den Besitz, oder eines dinglichen Rechts durch die Ausübung desselben, heißt erwerbende Verjährung.

Die Erlöschung eines Rechtes durch die Unterlassung der Ausübung desselben heißt erlöschende Verjährung.

1. Verjährung im allgemeinsten Sinne des Wortes ist „jede Veränderung in den rechtlichen Befugnissen oder Verhältnissen, welche als Folge der eine gewisse Zeit lang fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung eines Rechtes erscheint. Die zivilrechtliche Verjährung hat ihren Ursprung auf dem Gebiete des Besitzes gefunden und ruht auf der Präsumtion, daß derjenige, der sein diesfälliges Recht vernachlässigt, auf dasselbe Verzicht geleistet habe. Bei ihrer Vollendung zeigt sie sich stets in zwei, innerlich ganz entgegengesetzten und äußerlich unzertrennbar miteinander verbundenen Wirkungen: der sogenannten „Acquisitiv- und der Extinctiv-Verjährung"; von unserem Gesetze wird die erstere als erwerbende, die letztere als erlöschende Verjährung bezeichnet; überdies kommt auch für jene im gewöhnlichen Leben mehr der Ausdruck „Ersitzung", für diese die einfache Bezeichnung als „Verjährung" (im engern Sinne des Wortes) vor. Diese miteinander innerlich in Verbindung stehenden Wirkungen beruhen auf der Natur der Sache, indem dadurch, daß das Recht des Einen verjährt, d. h. daß er durch Nichtausübung desselben sein Recht verliert, auf der andern Seite einem Andern diese Verjährung zu gute kommt, indem Letzterer gerade durch Ausübung jenes Rechts während einer bestimmten gesetzlichen Zeit durch jene Verjährung seinerseits die Sache oder das betreffende Recht erwirbt, d. h. dasselbe ersitzt.

2. Unser heutiges Recht unterscheidet sich von dem römischen in dieser Beziehung hauptsächlich darin, daß durch die erlöschende Verjährung nicht etwa blos das Klagrecht, sondern geradezu das betreffende Recht selbst, erlöscht; s. die obergerichtliche Entscheidung in Erl. 7. zu §. 845.

2. Ausnahmen.

§. 850. Die unveräußerlichen Rechte des Personenstandes und des Familienstandes, die Hoheitsrechte des Staates und öffentliches Gut (§. 415.) sind der Verjährung nicht unterworfen.

1. Unveräußerlichen Rechte: Hieher gehören das Recht des bürgerlichen Standes (§§. 39 — 44.); der persönlichen Freiheit (im Gegensatz zur Sclaverei); die gegenseitigen Rechte der Ehegatten und der Eltern und Kinder, sowie alle übrigen aus der Verwandtschaft und Schwägerschaft entspringenden Rechte, soweit nämlich alle diese Rechte nicht blos das Vermögen (als veräußerliches Gut) betreffen.

2. Hoheitsrechte des Staates: Vergl. die Erl. 2. zu §. 479.

3. Oeffentliches Gut: s. die Erl. zu §. 415.

§. 851. Wer während zehn Jahren ununterbrochen und weder heimlich noch bittweise eine Sache besitzt oder ein dingliches Recht ausübt, erwirbt die Sache oder das Recht durch Verjährung. 3. Erwerbende Verjährung.

Entwendete Sachen können nicht durch die Verjährung erworben werden.

1. Unterbrochen: s. über die Unterbrechung den §. 861.

2. Weder heimlich noch bittweise: Eines der hauptsächlichsten Erfordernisse der erwerbenden Verjährung (Ersitzung) ist, daß der Erwerbende im guten Glauben sei, die fragliche Sache sei seine oder das fragliche Recht stehe ihm wirklich zu. Wer nun blos hinter dem Rücken eines Andern (des Eigenthümers oder wirklich Berechtigten) den Besitz oder das Recht ausübt, d. i. heimlich, oder nur in Folge einer an den Andern gerichteten Bitte, der kann nicht im „guten Glauben" stehen, somit die Sache oder das Recht nicht durch Verjährung erwerben.

3. Eine Sache besitzt: Viele Gesetzgebungen machen hier einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, und stellen für die Verjährungsfrist für letztere einen längeren Zeitraum fest, als für erstere; nach Aargauischem Rechte ist für den Erwerb aller verjährbaren Sachen und Rechte die gleiche Zeitdauer, nämlich zehn Jahre, bestimmt.

4. Ein dingliches Recht: Also Eigenthums-, Dienstbarkeits- und Pfandrechte.

5. Entwendete Sachen: Dieselben werden daher auch nicht durch zehnjährigen ununterbrochenen Besitz zu Eigenthum erworben. Wenn sich z. B. noch im zwanzigsten Jahre nach erlangtem Besitze an derselben der Eigenthümer findet und erwiesen wird, daß sie ehemals gestohlen worden sei, so muß sie ihm zurückgegeben werden; freilich hat alsdann der „redliche Besitzer" (§. 438.) das Recht, von dem Entwährer nach §. 443. den Ersatz seiner nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf die Sache zu verlangen. Ist aber die Sache im Besitze des Diebes geblieben, so steht Letzterem nicht einmal dieses Forderungsrecht auf Ersatz zu.

6. In einem obergerichtlichen Jahresbericht findet sich folgende Stelle: „Das Bezirksgericht von B. hält die Bestimmung des §. 851. bezüglich der verjährungsweisen Erwerbung dinglicher Rechte, namentlich von Grunddienstbarkeiten, für zu weitgehend und führt als Beispiel an, daß Jemand die Ausübung einer nicht stetigen Dienstbarkeit, wie das Fahren über seinen Acker zur Brachzeit, leicht geschehen lassen könnte, weil ihm dadurch kein Schaden erwachse; wolle er aber später das Grundstück vollständig bepflanzen und das Fahren nicht mehr dulden, so komme der Nachbar, der während 10 Jahren der Brachzeit gefahren, mit dem Gesetz in der Hand und behaupte die verjährungsweise Erwerbung des Fahrwegrechtes. Der Beweis durch Zeugen sei ihm leicht möglich, zumal die Zeugen in solchen Dingen ihre Aufgabe — nur dasjenige zu bezeugen, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen haben — leicht verlassen und sich aus einzelnen Vorgängen Schlüsse erlauben, die den Richter von der Trüg-

lichkeit des Zeugenbeweises in dieser Materie recht lebhaft überzeugen. Das Bezirksgericht glaubt, daß diesem Uebelstande dadurch abgeholfen werden könnte, daß gesetzlich bestimmt würde, es könnten Grunddienstbarkeiten nur urkundlich erworben werden. Das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch schreibt bezüglich der nicht stetigen Grunddienstbarkeiten vor, daß der Dienstbarkeits-Berechtigte innerhalb zehn Jahren, vom Erlasse des Gesetzes an gerechnet, den Eigenthümer des dienenden Grundstückes zur Vormerkung im öffentlichen Buche anhalten müsse; widrigenfalls die Dienstbarkeit erlösche. Die Nothwendigkeit einer ähnlichen Maßregel bezüglich der Grunddienstbarkeiten tritt auch in unserem Kanton immer mehr hervor. (O. R. 1864 S. 21.)

4. Erlöschende Verjährung: a. persönliche Rechte.

§. 852. Persönliche Rechte erlöschen durch Verjährung, wenn sie während eines Zeitraumes von zehn Jahren von dem Berechtigten nicht geltend gemacht worden.

1. Persönliche Rechte: d. h. — im Gegensatz zu den dinglichen Rechten — nur solche, welche nicht unmittelbar Jemandem an einer Sache als solcher zustehen, sondern nur das Recht verleihen, von einer anderen Person eine gewisse Handlung oder Leistung zu fordern. Hieher gehören also namentlich alle Forderungs- und Schuldverhältnisse.

2. In einem Forderungsstreite stützte sich die Klage auf eine Schuldverpflichtung des Rechtsvorgängers des Beklagten, die vom 1. Mai 1850 datirt war. Der Beklagte, die Klage bestreitend, erhob die Einrede der Verjährung, sich auf §. 852. des A. B. G. berufend. Er suchte nachzuweisen, daß vom 1. Mai 1850 an bis zu der den 17. März 1863 verurkundeten Klage die Forderung nicht geltend gemacht worden, somit verjährt sei. Der Kläger wies in der Replik nach, daß im Dezember 1850 für die Forderung Betreibung angehoben und daß sie im Jahr 1858 dem Beklagten, als Uebernehmer des Aktiv- und Passivstandes des ursprünglichen Schuldners, durch förmliche Fertigung überbunden worden. Der Entscheid des Streites hieng von der Frage ab, ob diese Thatsachen die Einrede der Verjährung zu entkräften vermögen. Das h. Obergericht bejahte die Frage aus folgenden Gründen: Nach §. 861. Ziffer 2. des A. B. G. unterbreche die rechtliche Einforderung einer Schuld, beziehungsweise die Betreibung des Schuldners, die Verjährung. Im Falle habe zwar der Gläubiger die angehobene Betreibung nicht fortgesetzt, allein die Erlöschung der Betreibung mit ihren Folgen, von welcher §. 77. des Betreibungsgesetzes handle, beziehe sich nur auf die besonderen, mittelst der Betreibung zu erlangenden Rechte, resp. auf die Vollstreckungsfähigkeit und nicht auf die Verjährung der Forderung; um diese zu unterbrechen, genüge die vor Ablauf der Verjährungsfrist angehobene Betreibung, auch wenn sie weiter nicht fortgesetzt worden sei; sie, die angehobene Betreibung. schließe die rechtliche Vermuthung aus, daß ein Gläubiger sein Recht aufgegeben oder zu wahren versäumt habe. Aber auch durch die im Jahre 1859, also vor Ablauf der Verjährungsfrist, stattgefundene Anweisung der Forderung vermittelst Fertigung sei die Einrede eine unhaltbare geworden. Nach §. 600. des A. B. G. erhalte eine bei Veräußerung von Liegenschaften

angewiesene Forderung vermittelst dieser Anweisung und daheriger Eintragung in das öffentliche Buch Pfandrechte, und grundpfändlich versicherte Hauptgutforderungen seien nach §. 857. des A. B. G. der Verjährung nicht unterworfen. (O. R. 1864 S. 50.)

§. 853. Forderungen, welche während dieses Zeitraumes weder von dem Gläubiger rechtlich eingefordert, noch von dem Schuldner durch die Bezahlung eines Zinses oder auf eine andere für ihn verbindliche Weise anerkannt worden, sind durch Verjährung erloschen.

1. Rechtlich eingefordert: s. über die Unterbrechung der Verjährung durch die Betreibung die Ziffer 2. des §. 861. und die Erl. 2. zu §. 852.

2. Oder auf eine andere — Weise: Die Form der Anerkennung ist unerheblich. Dieselbe kann z. B. auch in der Bestellung eines Pfandrechtes durch den Schuldner, oder in einem Neuerungsvertrage (§. 814.), oder auch in einer Bitte des Schuldners um Stündigung liegen. Dagegen würde die Anerkennung der Schuld durch einen Dritten, der vielleicht für den Schuldner als Bürge einstehen will, wenn der Schuldner nichts davon weiß und nicht zustimmt, die Verjährung gegenüber dem Letztern nicht unterbrechen. Ebenso wird der Lauf der Verjährung dadurch gehindert, daß der Schuldner gegenüber einem Dritten (nicht dem Gläubiger selbst oder dessen Bevollmächtigten) die Forderung anerkennt.

b. dingliche Rechte.

§. 854. Dingliche Rechte gehen durch die bloße Unterlassung der Ausübung nicht verloren. Hat jedoch der Verpflichtete den Berechtigten an der Ausübung seines Rechtes verhindert, so beginnt von da an die Verjährungsfrist.

1. Dingliche Rechte: d. h. Eigenthums-, Dienstbarkeits- und Pfandrechte.

2. An der Ausübung u. s. w.: Z. B. B hatte ein Fahrwegrecht über den Acker des A; wenn auch B 10 Jahre lang nicht mehr darüber fährt, so hat er deshalb allein dieses Recht doch nicht verloren; wenn ihn aber A einmal daran hindern will und B dieser Aufforderung gutwillig Folge leistet, so beginnt von diesem Tage an die Verjährungsfrist in dem Sinne, daß dann nach 10 Jahren B sein Fahrwegrecht nicht mehr in Anspruch nehmen kann, es wäre denn, daß er inzwischen mit Wissen des A und ohne dessen Behinderung wieder darüber gefahren, wodurch die Verjährung unterbrochen sein würde.

5. Besondere Bestimmungen und Ausnahmen.

§. 855. So lange ein Recht nicht geltend gemacht werden kann, läuft die Verjährung nicht.

Für Forderungen, welche in einem Geldstage verloren gegangen, beginnt die Verjährungsfrist erst von dem Tage an, an welchem die Wiederherstellung des Schuldners in den vorigen Stand öffentlich bekannt gemacht worden.

1. Nicht geltend gemacht: d. h. weder rechtlich betrieben noch eingeklagt werden kann bei Forderungen, wenn dieselben noch nicht fällig sind. Ist die Forderung noch nicht fällig, so kann sie auch noch nicht eingeklagt werden. Es ist auch denkbar, daß zwar die

Forderung fällig ist, aber der Anstellung der Klage ein thatsächliches Hinderniß im Wege steht (z. B. die Betreibung des Schuldners wegen dessen Entfernung oder Militärdienstleistung zur Zeit nicht möglich ist). Dieses Hinderniß kann den Beginn der Verjährung hemmen und das Ende derselben verzögern. Aber als Regel ist doch festzuhalten, daß der Beginn der Verjährung mit der Entstehung des Klagrechtes zusammentreffe. Bei Forderungen, für welche ein Kündigungsrecht des Gläubigers, sei es gesetzlich, besteht, sei es vertragsmäßig, bestimmt worden ist, beginnt die Verjährungsfrist erst an dem Tage, auf welchen zuerst die Kündigung möglich war.

2. Die Wiederherstellung des Schuldners: Die Hemmung der Verjährung infolge des ausgeführten Geldstages wird also nicht schon durch den allfälligen Erwerb von neuem Vermögen von Seite des Schuldners, selbst nicht durch die Eröffnung des Nachgeldstages, sondern nur durch die Publikation der völligen Rehablitirung beseitigt, d. h. durch Aufhebung des Fallitenzustandes. Man kann dem Gläubiger nicht zumuthen, daß er in solchen Fällen den Schuldner vorher wieder um Zahlung belange.

§. 856. Der Schuldner, welcher eine verjährte Forderung bezahlt, kann das Bezahlte nicht wieder zurückverlangen.

Vrgl. die Erl. 1 zu §. 843. „Wer eine verjährte Schuld bezahlt, von dem kann man nicht sagen, er habe bezahlt, was er nicht schuldig war, sondern nur, er habe bezahlt, wozu er nicht rechtlich gezwungen werden konnte. Die materielle Unterlage der Schuld wird durch die Verjährung nicht zerstört, sondern nur der Rechtsschutz, welcher ihr zukam." Bl., Comm.

§. 857. Hauptgutforderungen, welche auf Liegenschaften versichert und in den öffentlichen Büchern unausgelöscht sich eingetragen befinden, verjähren nicht.

1. Hauptgutforderungen: d. h. Kapital- gegenüber bloßen Zins-, Ersatz- und Kostenforderungen, u. s. w.

2. S. die oberg. Entscheidungen in Erl. 5. zu §. 600. und 2. zu §. 852.

§. 858. Forderungen, zu deren Sicherheit der Gläubiger ein Faustpfand hat, erlöschen durch Verjährung nur soweit, als das Pfand zur Bezahlung nicht hinreicht.

Z. B. es hat A eine Forderung von Fr. 100. auf B, wofür ihm Letzterer eine goldene Uhr im Realwerthe von Fr. 60. zu Faustpfand giebt; A läßt hierauf diese Forderung zehn Jahre lang auf sich ruhen, ohne den B dafür zu belangen; dadurch verjährt sie aber nur um Fr. 40. und nicht um den ganzen Betrag von Fr. 100., weil A faustpfändlich bis auf Fr. 60. gedeckt ist.

§. 859. Verfallene Leistungen, die zu bestimmten Zeiten zu entrichten sind, und Zinse aller Art verjähren mit dem Ablaufe der ordentlichen Verjährungszeit, wenn gleich das Recht auf Leistungen und Zinse überhaupt mit dem Ablauf dieser Frist nicht erlöscht, oder der Ersitzung nicht unterworfen ist.

1. Verfallene Leistungen: wie z. B. jährliche oder vierteljährliche Stück- (Rate-) Zahlungen, oder Renten u. s. w.

2. Wenn gleich — nicht erlöscht: mit andern Worten wenn schon zukünftig der Gläubiger wieder neue derartige Leistungen ohne Zinse zu beziehen das Recht hat, die dann wiederum verfallen und verjähren können. Ist aber einmal die Hauptforderung verjährt, von der diese einzelnen Leistungen und Zinse abhängig sind, so sind auch damit zugleich alle letztern, und zwar alsdann auch für die Zukunft, erloschen.

3. Der Ersitzung nicht unterworfen: Es ist hier das Recht, fortwährend solche Leistungen und Zinse zu fordern, von den einzelnen verfallenen Leistungen selbst zu unterscheiden. Jenes kann immer fortbestehen und der Gläubiger stets zur Forderung neuer Renten oder Zinse u. s. w. befugt sein, diese aber jedesmal durch den Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit erlöschen. Z. B es besteht eine Hauptgutforderung im Sinne des §. 857., welche nicht verjährbar ist; von dieser verfallen jährlich Zinse. welche als solche verjähren können, wenn sie der Gläubiger zehn Jahre lang nicht geltend macht; dessenungeachtet kann der Gläubiger später sowohl die noch nicht verjährten, als auch nach zehn Jahren noch die dann wieder neu verfallenden Zinse einfordern.

§. 860. **Die Bestimmungen, welche in diesem Gesetzbuche über Rechte vorkommen, die in einer kürzeren Frist erlöschen, als in derjenigen, welche in dem §. 852. angegeben ist, bleiben ausdrücklich vorbehalten.**

So hat z. B. nach §. 832. der neue oder angewiesene Gläubiger (Cessionar oder Asignator) nur drei Jahre lang, von der Verfallzeit der abgetretenen oder angewiesenen Forderung an, das Recht des Rückgriffes auf den Cedenten oder Assignanten, u. A. m.

§. 861. **Die erwerbende sowohl als die erlöschende Verjährung wird unterbrochen:** 6. Unterbrechung.

1) **durch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechtes von Seite desjenigen, der sich sonst auf die eine oder die andere Verjährung hätte berufen können; und**

2) **durch die Anhebung des Rechtsstreites von Seite des Berechtigten, wozu in Schuldsachen schon die rechtliche Einforderung der Schuld oder eines Zinses zu zählen ist.**

1. Derjenigen, der sich: nämlich z. B. durch Anerkennung des Eigenthumsrechtes eines Andern von Seite des Ersitzenden bei der erwerbenden Verjährung; und durch jede Theil- oder Zinszahlung von Seite des Schuldners bei der erlöschenden Verjährung. Vrgl. auch die Erl. 2. zu §. 853. Die Unterbrechung der Verjährung hemmt nicht blos ihren Lauf, sondern bricht die angefangene Verjährungsfrist so ab, daß zwar im Verfolg wohl wieder eine neue Verjährungsfrist anfangen, nicht aber die alte „fortgesetzt“ werden kann.

2. Anhebung des Rechtsstreites: Wenn z. B. der Gläubiger den Schuldner durch den Rechtstrieb belangt oder bei dem Friedensrichter eine Klage einleitet, so äußert sich in beiden Handlungen, sobald sie ernst gemeint sind, der Wille, die Forderung geltend zu

machen. Schlägt aber der Schuldner Recht dar oder bestreitet er die Forderung vor dem Friedensrichteramte, und es beruhigt sich dabei der Gläubiger, so ist im Gegentheil anzunehmen, die Betreibung oder die Klagseinleitung sei nur ein mißlungener Versuch, die Forderung zu erproben, und die Verjährung ist dadurch nicht unterbrochen worden.

3. Sind mehrere Gesammtschuldner für Eine Forderung verhaftet (§. 636.), so wirkt die im Verhältniß zu einem derselben geschehene Unterbrechung der Verjährung auch gegen die übrigen Mitschuldner. Da nämlich immerhin eine Gemeinschaft unter ihnen besteht und der Gläubiger durch Verfolgung des Einen seinen ernsten Willen, Zahlung zu fordern, an den Tag gelegt hat, oder durch Theilzahlung oder Anerkennung von Seite eines der Schuldner mit Recht beruhigt worden ist (da der Gläubiger nach §. 638. auch Jeden nur für seinen Theil belangen kann), so bleibt die Forderung auch den Andern gegenüber unverjährt. Vrgl. „Bluntschli", Comm. z. Zürch. G. B. §. 1071.

4. Eine verjährte Forderung ist in dem Sinne zerstört, daß sie weder eingeklagt, noch gegen später entstandene oder später kompensabel gewordene Gegenforderungen zur Abrechnung gebraucht werden kann; s. die Entscheidung in Erl. 7. zu §. 845.

5. Auszug aus einem obergerichtlichen Urtheil: „Der §. 861. des A. B. G. laute (s. oben). Wenn nun auch eine bestimmte und unzweideutige Anerkennung der Schuld von Seite des Verpflichteten inner der Verjährungszeit nicht stattgefunden habe, und wenn namentlich die von Frau H ohne Mitwirkung eines Beistandes in den Jahren 1841 und 1845 dem Kläger ausgestellten Erklärungen im Sinne des Gesetzes nicht als rechtsverbindliche Zahlungsversprechen gelten könnten, so sei dagegen die Thatsache mehrfacher Betreibung der jetzt eingeklagten Forderung nachgewiesen; solche Betreibungen hätten in den Jahren 1843, 1847 und 1854 stattgefunden, und wenn der Kläger auch die letztere, anno 1854 angehobene Betreibung zurückgezogen habe, um sie in einiger Berichtigung des Forderungsbetrages unmittelbar vor Anhebung seiner Klage zu erneuern, so sei durch diese Zurückziehung das einmal eingetretene Factum der rechtlichen Einforderung mit seiner daran geknüpften, die Verjährung unterbrechenden rechtlichen Wirkung keineswegs aufgehoben worden, noch hätte dasselbe wieder ungeschehen gemacht werden können, nachdem die Betreibung einmal, und zwar in gesetzlicher Form, wirklich stattgefunden habe. Der Kläger habe zwar den früheren Betreibungen nach versetztem Rechtsdarschlag keine Folge gegeben und den Rechtsstreit innert der Verjährungszeit nicht angehoben; allein dieses Nichthandeln sei für ihn ohne rechtlichen Nachtheil, weil durch die bloße rechtliche Einforderung — was die Betreibung als erster gesetzlicher Schritt zu diesem Zweck unzweifelhaft sei — eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten sei. Die Ansicht endlich, daß durch den Rechtsdarschlag die Betreibung mit allen Wirkungen dahingefallen sei, erscheine als unhaltbar; denn durch den Rechtsdarschlag werde eine Betreibung in ihren Folgen nur gehemmt, aber keineswegs aufgehoben; der erwähnte §. 861. unterscheide deutlich zwischen Anerkennung der Schuld und

Betreibung, und schreibe beiden eine die Verjährung unterbrechende Wirkung zu, also auch einer Betreibung, gegen welche Recht dargeschlagen sei. Auch die Satz. 4. Fol. 121. der Berner-Gerichtssatzung knüpfte eine Unterbrechung der Verjährung an die bloße Thatsache rechtlicher Einforderung, ohne Rücksicht auf Rechtsdarschlag, und auch in Bezug auf diese Satzung müsse der Grundsatz gelten, daß durch Rechtsdarschlag eine Betreibung in ihren Wirkungen zwar eingestellt, aber keineswegs aufgehoben und in ihrer gesetzlichen Folge beseitigt sei (§. 61. des Betreibungsgesetzes). Der §. 83. der P. O. sei hier begreiflich ohne Einfluß, indem er die prozessualischen Fälle der Streitanhebung aufzähle, unter welche immer auch die Unterbrechung der Verjährung des in Anspruch genommenen Rechtes gehöre, insofern nämlich diese Unterbrechung aus anderen gesetzlichen Gründen nicht schon vorher eingetreten wäre. Aus diesen Gründen sei die antwortlich behauptete Verjährung als unterbrochen zu betrachten und es falle somit diese Einrede dahin." (O. Urth. v. 1. Christmonat 1858.)

6. Einer Forderungsklage wurde die Einrede der Verjährung entgegengehalten. Der Kläger machte darauf aufmerksam, daß die eingeklagte Summe, welche der bereits verstorbene Vater des Beklagten theils schuldig geworden und die nun von den Erben gefordert wurde, vor Ablauf der Verjährungsfrist von 10 Jahren im Beneficio Inventarii über den Erblasser eingegeben und dadurch die Verjährung unterbrochen worden sei. Da der Zivilprozeß erst nach Verfluß der Verjährungsfrist angehoben worden, so hatte das h. Obergericht die Frage zu lösen, ob die Anmeldung der in der Klage geforderten Summe im Beneficio Inventarii über den Nachlaß des Vaters des beklagten Theiles wirklich die Unterbrechung der Verjährung zur Folge habe. Das h. Obergericht entschied diese Frage im verneinenden Sinne, auf folgende Betrachtung gestützt: Die richterliche Bewilligung des amtlichen Güterverzeichnisses und die daherige Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungsrechte ist eine Rechtswohlthat, welche den Erben zu statten kommt und nicht in der Absicht, Rechte Dritter von Neuem zu befestigen, sondern zu dem Zwecke in Anspruch genommen und ertheilt wird, rechtliche Gewißheit über den Zustand der Verlassenschaft in Soll und Haben zu erhalten. Durch den auf Grundlage des Beneficii Inventarii erfolgten Antritt der Erbschaft haben die Erben lediglich die Verlassenschaft in Rechten und Pflichten übernommen, resp. sich an die Stelle ihres Rechtsvorgängers gesetzt, so daß nur ein neuer Schuldner an die Stelle des bisherigen getreten, im Uebrigen aber das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner völlig unverändert geblieben ist. Aus einer nur dem Erben gesetzlich eingeräumten Wohlthat kann der Gläubiger sowenig als ein anderer Dritter Rechte ableiten, wie denn überhaupt Niemand aus dem Rechtsgebiet eines Andern gegen dessen Willen für sich Vortheile erringen darf. Durch die Anmeldung der Forderungen im amtlichen Güterverzeichniß und den Erbschaftsantritt ist also nur das Obligationenverhältniß in seinem unveränderten Bestande auf die Erben übertragen worden. Daraus folgt, daß die Forderungsanmeldung den Kläger lediglich gegen den

auf den Unterlassungsfall angedrohten Rechtsnachtheil des Verlustes des Forderungsrechtes schützt (§. 303. der P. O.), unmöglich aber die Geltendmachung des Forderungsrechtes selbst, beziehungsweise die rechtliche Einforderung, durch welche allerdings die Verjährung unterbrochen wird, vertreten kann. (O. R. 1863 S. 29.)

7. S. die Entscheidung in Erl. 2. zu §. 852.

Eidgenössisches Handbuch

über

Anhang

zum

Obligationenrecht.

Eidgenössisches Konkordat

über

Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel.

Durch Aargauisches Dekret vom 11. Mai 1853 und Vollziehungsverordnung vom 6. Juli 1853 in Vollzug gesetzt auf den 1. August 1853.

(Ges.-Samml. IV. S. 211.)

Die Kantone Zürich, Bern, Zug, Freiburg, Aargau und Neuenburg sind übereingekommen, über Bestimmung und Gewähr der Hauptmängel bei Thieren aus dem Pferdegeschlecht und beim Rindvieh folgende gesetzliche Vorschriften festzustellen.

Diesen Kantonen haben sich später noch folgende angeschlossen: Solothurn, Baselland, Baselstadt, Waadt, Schwyz, Appenzell I. Rh., St. Gallen, und (mit Ausnahme des §. 5.) Thurgau.

§. 1. Beim Handel mit Thieren aus dem Pferdegeschlecht und mit Rindvieh, wenn das Thier über 6 Monate alt ist, hat der Uebergeber (Verkäufer oder Vertauscher) dem Uebernehmer (Käufer oder Eintauscher) während der gesetzlichen Zeit dafür Währschaft zu leisten, daß dieselben mit keinem von den im §. 2. aufgezählten Gewährsmängeln behaftet sind.

§. 2. Gesetzliche Gewährsmängel sind:

a. Bei Thieren des Pferdegeschlechts:

1) Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- oder Hinterleibshöhle. (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung.) Währschaftszeit 20 Tage.
2) Alle Arten von Dampf. (Engbrüstigkeit.) Währschaftszeit 20 Tage.
3) Verdächtige Druse, Rotz- oder Hauptwurm. Währschaftszeit 20 Tage.
4) Still- oder Dummkoller. Währschaftszeit 20 Tage.

b. Beim Rindvieh:

1) Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- oder Hinterleibshöhle. (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung, mit Inbe-

griff der Perlsucht oder sogenannten Finnen.) Währschaftszeit 20 Tage.

2) Ansteckende Lungenseuche. Währschaftszeit 30 Tage.

Die Währschaftszeit beginnt mit dem Tage der Uebergabe des Kaufsgegenstandes.

§. 3. Das Vorhandensein eines Gewährsmangels innerhalb der Währschaftszeit hat zur Folge, daß der Uebergeber gehalten ist, das Thier zurückzunehmen und den empfangenen Kauf- oder Anschlagspreis dem Uebernehmer zu ersetzen.

§. 4. Wurde beim Kauf oder Tausch der Werth nicht bestimmt, so muß das zurückgebotene Thier durch zwei Sachverständige gewerthet werden, welche der Gerichtspräsident vom Wohnorte des Uebernehmers ernennt.

§. 5. Für Thiere, welche vor Ablauf der Währschaftszeit in andere als die konkordirenden Kantone oder in das Ausland geführt werden, dauert die Währschaftszeit nur so lange, bis dieselben die Gränzen des Konkordatsgebietes überschritten haben.

Diesem Artikel ist der Kanton Thurgau nicht beigetreten.

§. 6. Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen über Gewährsmängel und Gewährszeit können durch Vertrag bedungen werden.

§. 7. Nimmt der Uebernehmer eines Thieres einen Gewährsmangel an demselben wahr, so hat er dem Uebergeber durch einen Gemeindebeamten davon Anzeige zu machen und ihm das Thier zurückzubieten.

Der Uebergeber hat sich binnen zwei Tagen zu erklären, ob er das Thier zurücknehmen wolle.

§. 8 Erfolgt diese Erklärung nicht, oder kann der Uebernehmer wegen nahe bevorstehenden Auslaufes der Gewährszeit, oder aus einem anderen Grunde den Uebergeber nicht befragen, so soll der Uebernehmer durch den Gerichtspräsidenten seines Aufenthaltsortes zwei patentirte Thierärzte bezeichnen lassen, welche das Thier zu untersuchen haben.

Derjenige, welcher das Thier zuvor ärztlich behandelte, darf nicht mit der Untersuchung beauftragt werden.

§. 9. Die berufenen Thierärzte haben die Untersuchung sogleich jedenfalls innert 24 Stunden nach Empfang der Aufforderung vorzunehmen. Sind sie in ihren Ansichten einig, so ist der Befund und das Gutachten gemeinschaftlich, bei getheilter Ansicht aber von jedem besonders abzufassen. In letzterem Falle wird der Gerichtspräsident unverzüglich eine nochmalige Untersuchung durch einen dritten Thierarzt anordnen und dann die sämmtlichen Berichte der Medizinalbehörde des Kantons zur Abgabe eines Obergutachtens übermitteln.

§. 10. Erklären die untersuchenden Thierärzte, daß zur Abgabe eines bestimmten Befindens die Tödtung des Thieres nothwendig sei, so kann diese auf Bewerben des Uebernehmers vom Gerichtspräsidenten bewilligt werden. Jedoch ist der Ueber-

geber vorher davon in Kenntniß zu setzen, wenn solches möglich und keine Gefahr im Verzuge ist.

§. 11. Sollte ein im lebenden Zustande untersuchtes Thier während der Gewährszeit umstehen, oder aus polizeilichen Rücksichten getödtet werden, so ist dasselbe nochmals zu untersuchen, ein Sektionsbefund mit Gutachten abzufassen und nöthigenfalls das frühere Befinden zu berichtigen.

§. 12. Die erste Untersuchung eines Thieres muß innerhalb der Währschaftszeit vorgenommen werden, ansonst dieselbe keine rechtliche Wirksamkeit hat.

§. 13. Der Gerichtspräsident wird nach Empfang des Gutachtens der Thierärzte oder des Obergutachtens der Medizinalbehörde sofort dem Uebernehmer das Original, dem Uebergeber eine Abschrift davon zustellen und den Letzteren auffordern lassen, sich zu erklären, ob er das Vorhandensein eines Gewährsmangels bei dem untersuchenden Thiere anerkenne. Giebt der Uebergeber keine bejahende Erklärung, so kann er von dem Uebernehmer rechtlich belangt werden.

Ober des Obergutachtens: nämlich im Sinne des §. 9.. s. oben.

§. 14. Das übereinstimmende Gutachten der untersuchenden Thierärzte oder das Obergutachten der Medinzinalbehörde ist für das richterliche Urtheil maßgebend.

§. 15. Die Kosten der Rückbietung, der thierärztlichen Untersuchung, sowie die nach der Rückbietung erlaufenden Kosten der ärztlichen Behandlung und Fütterung des Thieres, sind von demjenigen Theil zu tragen, welchem das untersuchte Thier anheimfällt.

§. 16. Nach angehobenem Rechtsstreite soll der Richter auf Begehren der einen oder anderen Partei die öffentliche Versteigerung des Thieres anordnen.

Der Erlös wird vom Richter in Verwahrung genommen.

§. 17. Wird Rindvieh zum Schlachten veräußert und dann mit einer solchen Krankheit behaftet erfunden, daß der Verkauf des Fleisches ganz oder theilweise untersagt wird, so hat der Uebergeber für den erweislichen Minderwerth Vergütung zu leisten.

§. 18. Durch dieses Konkordat werden alle früheren damit im Widerspruche stehenden Gesetze, Verordnungen und Uebungen aufgehoben.

Im Kanton Aargau ist in Folge dieser Bestimmung insbesondere außer Kraft getreten resp. vom Großen Rathe aufgehoben worden: Das Gesetz vom 29. Wintermonat 1804 über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel (Ges.-Slg. III. S. 122. b.)

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hirzel, A.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau mit Erläuterungen und Anführung wichtiger Entscheidungen

Bd.: 3

Aarau [Ca. 1870]
J.rel. 1242 b-1/4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10623653-6